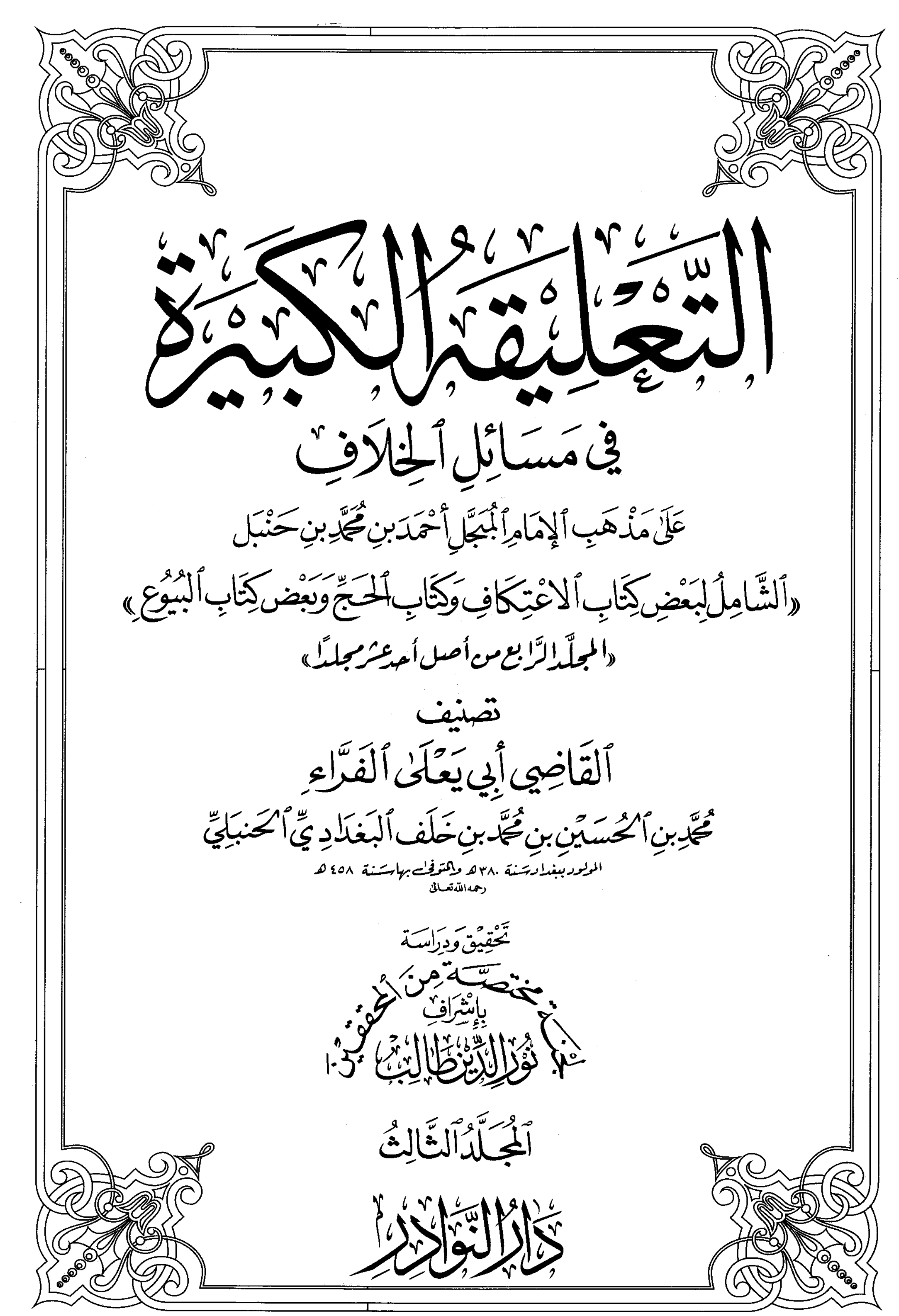


# التعليقة الكبيرة

## في مسائل الخلاف

على مذهب الإمام المبجل أحمد بن محمد بن حنبل

«الشامل لبعض كتاب الاعتكاف وكتاب الحج وبعض كتاب البيوع»

«المجلد الرابع من أصل أحد عشر مجلدا»


تصنيف

القاضي أبي يعلى الفراء

محمد بن الحسين بن محمد بن خلف البغدادي الحنبلي

المولود ببغداد سنة ٣٨٠ هـ والمتوفى بها سنة ٤٥٨ هـ

رحمه الله تعالى

تحقيق ودراسة

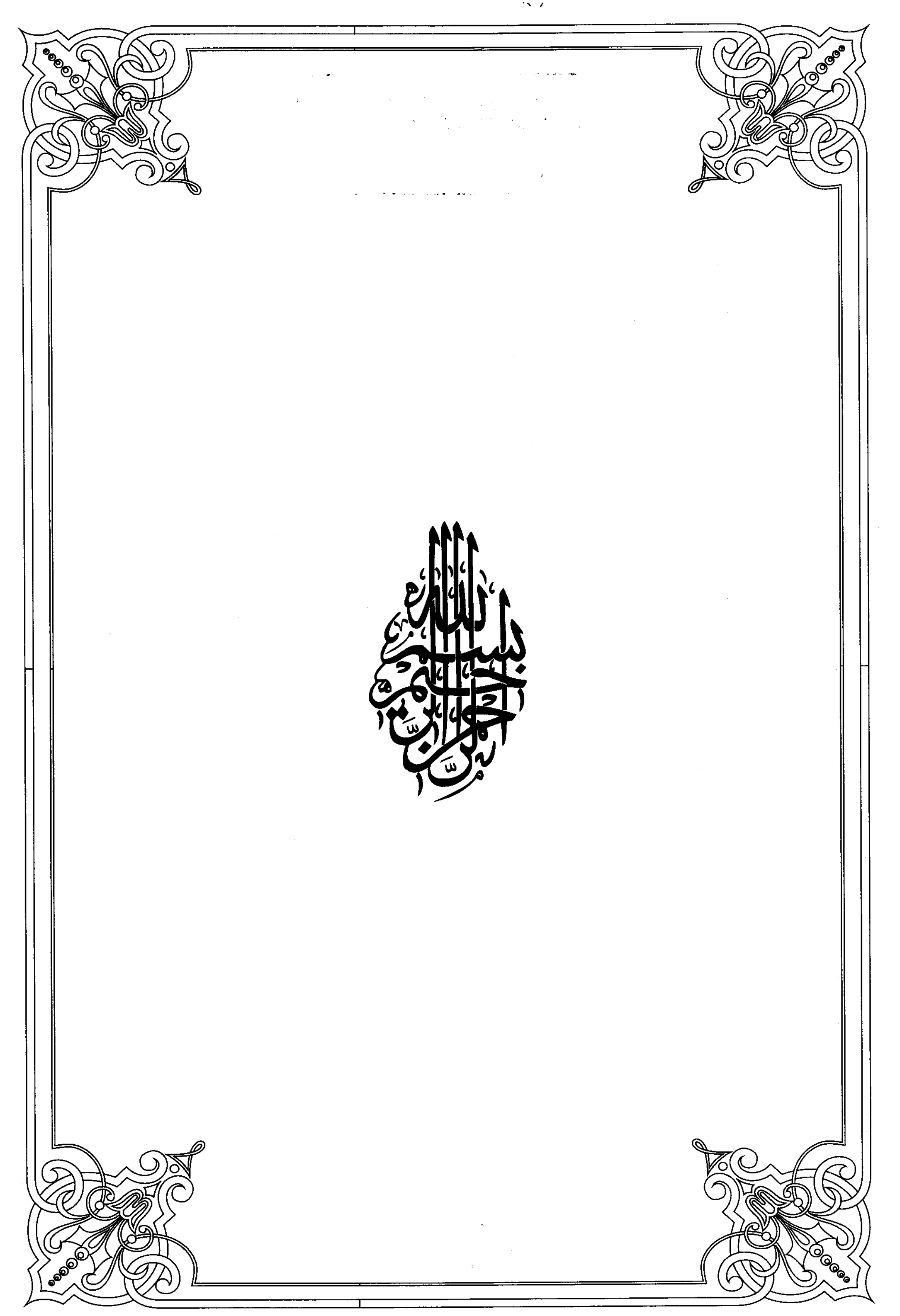
لجنة مختصة من المحققين

بإشراف

نور الدين طالب


المجلد الثالث


دار النوادر






*** مدح ابن عقيل لأبي يعلى :**

قال فيه ابنُ عقيل: لم أدركْ فيما رأيتُ من العلماء ـ على اختلاف مناهجهم ـ مَنْ كمُلت له شرائطُ الاجتهاد المطلَق إلا ثلاثةً: أبا يعلى بنَ الفراء، وأبا الفضل بنَ الهمذاني الفرضي، وأبا النضر بنَ الصباغ.

«طبقات الشافعية الكبرى» للسبكي (٥/ ١٢٣)

*** كلام ابن تيمية عن التعليقة :**

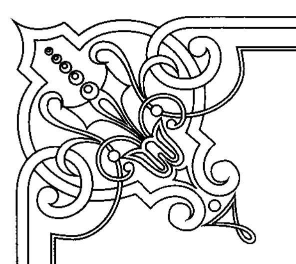
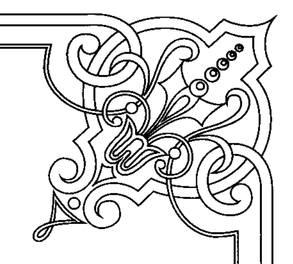
أرسل شيخُ الإسلام ابن تيمية من سجنه يطلب من إخوانه إرسال تعليق القاضي أبي يعلى، فقال: وترسلون ـ أيضاً ـ من تعليق القاضي أبي يعلى الذي بخط القاضي أبي الحسين إن أمكن الجميع، وهو أحدَ عشرَ مجلداً، وإلا، فمن أوله مجلداً أو مجلدين أو ثلاثة، وذكر كتباً يطلبها منهم.

«العقود الدرية» (ص: ٣٠١)

# التعليقة الكبيرة

في مسائل الخلاف

(٣)



الطَّبْعَةُ الأُولَى

١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

ردمك : ٨ - ٤٥ - ٤١٨ - ٩٩٣٣ - ٩٧٨ : ISBN





سورية - لبنان - الكويت

مُؤسَّسَة دار النَّوادِر م. ف - سُورية * شَرِكَة دار النَّوادِر اللُّبْنانيَّة ش. م. م - لُبْنان * شَرِكَة دار النَّوادِر الكُوَيتيَّة - ذ. م. م - الكُوَيت

سورية - دمشق - ص. ب : ٣٤٣٠٦ - هاتف : ٢٢٢٧٠٠١ - فاكس : ٢٢٢٧٠١١ (٠٠٩٦٣١١)

لبنان - بيروت - ص. ب : ١٤/٥١٨٠ - هاتف : ٦٥٢٥٢٨ - فاكس : ٦٥٢٥٢٩ (٠٠٩٦١١)

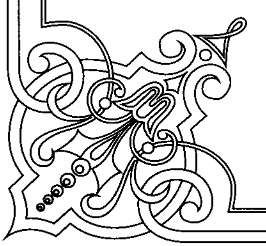
الكويت - حولي - ص. ب : ٣٢٠٤٦ - هاتف : ٢٢٦٣٠٢٢٣ - فاكس : ٢٢٦٣٠٢٢٧ (٠٠٩٦٥)

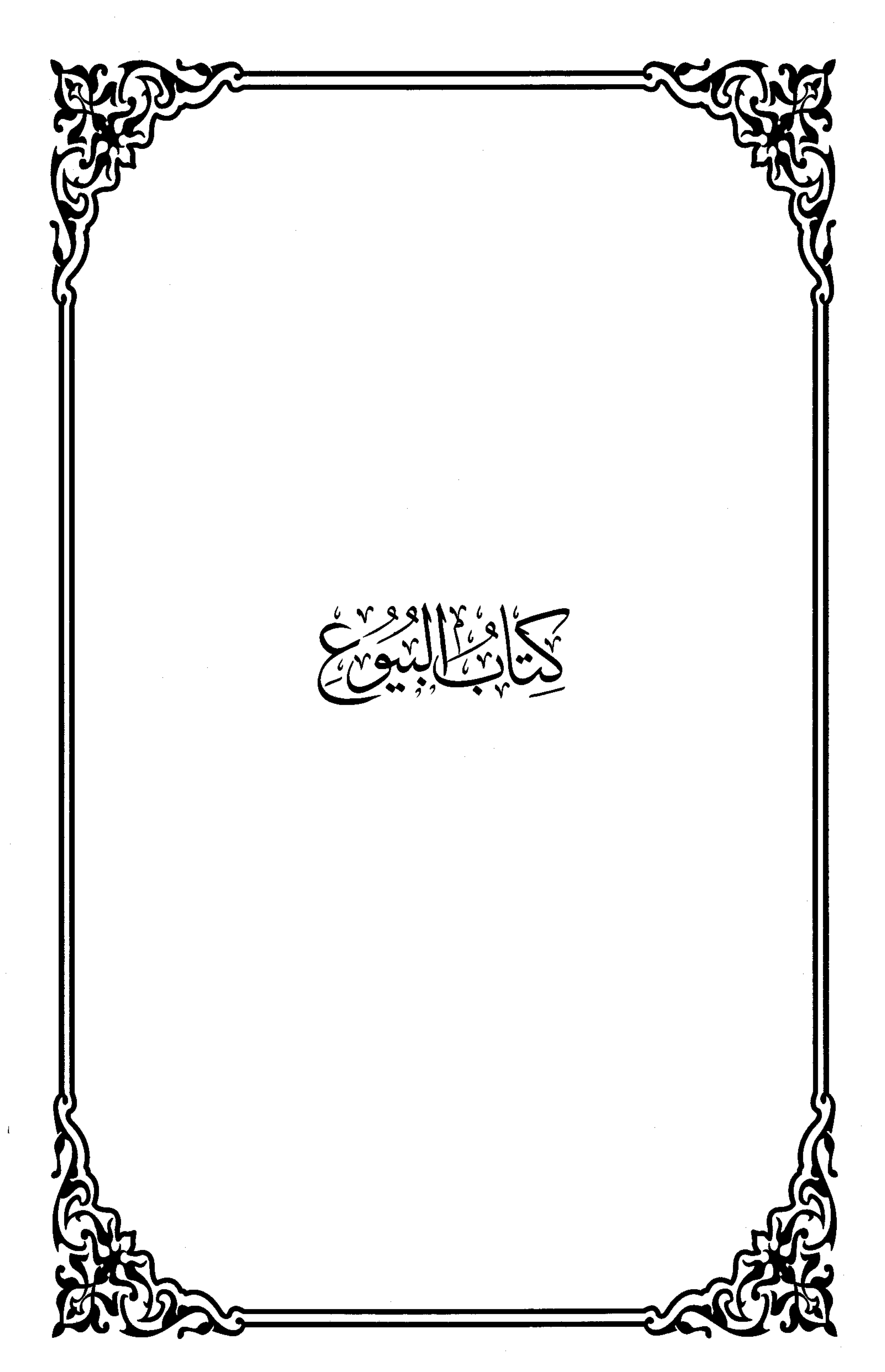
أسسها سنة : ٢٠٠٦م

نُورُ الدِّين طَالِب

المُدير العام والرَّئيس التَّنفيذي

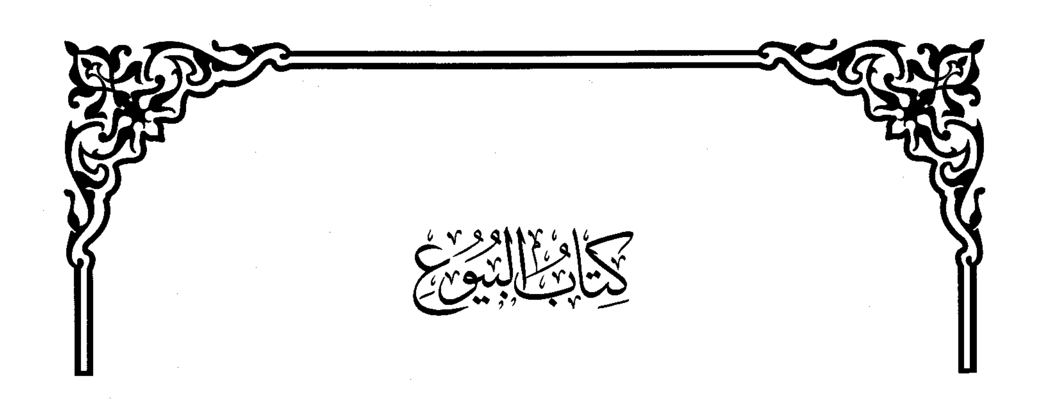






# كتاب البيوع





# كتاب البيوع

## ٢٤٥ ـ مسألة

**بيعُ ما لم يرَهُ المشتري ولا البائع من غيرِ صفةٍ غيـرُ جائزٍ في أصحِّ الرِّوايتين:**

نصَّ عليه في مواضع:

فقال في رواية الأثرم في الرجل يبتاع هذه الجُرُب، ثم يبيعها لم يرَ ما فيها، فقال: ينبغي للذي يبيع أن يصفَ له، وينبغي للمشتري إذا باع أن يصفَ أيضاً، فإن جاء خلاف رجع واحد على واحد، فأمَّا إذا جاءت على الصفة، فليس له أن يردَّ.

وقـد نقل الأثـرم هذه المسألـة في ثلاثـة مواضع من الكتاب بهذا المعنى.

وكذلك نقل الميمونيُّ عنه: أنَّه[1] قال: البيعُ بيعان:

بيع صفة.

---

(١) في «ت» و«م» زيادة: «إذا».

وبيع شيء حاضر، فلا يبيعه حتى يراه، ويعرفه.

وكذلك نقل أبو طالب عنه: إذا لم يعرفْ صفته، ولا ذرعه، وباعه، فهو بيع مجهول فاسد، يردُّه لـه. قيل له: هو بالخيارِ عند النظر؟ قال: لا أقول له الخيار، ولكن إذا وصفه، فإن كان مثلَ صفته، جاز عليه البيع، وإن لم يكنْ مثل صفتِهِ ردَّهُ.

وكذلك نقل حرب في بيع الثوب المطوي: أكرهه إلا أن يُنشَرَ، أو يصفه، فيجد[ه] على صفته.

ونقل[1] - أيضاً - في كتاب «الورع» للمَرُّوذِي في بيع الدينقيِّ والقُوْهيِّ والجُرُب الَّتي فيها المتاع تباع، ولا تصف كم ذرعه، ولا يذكر وصفه: لا يجوز بيعه، كيف يبيع من غير أن يُسمِّي ويصف؟!

وبهذا قال مالك والشَّافعي.

وفيه رواية أخرى: جواز العقد، وللمشتري الخيارُ إذا رآه.

نصَّ عليه في رواية حنبل في ما رواه أبو حفص العُكبريُّ في كتابه، فقال: إذا اشتراه في جرابه؛ يعني: الثياب الَّتي في الجُرُبِ، فلم يُقلِّب، ولم ينظر، فله خيارُ الرؤية إذا نشرهن إذا كان معيباً[2] ردَّه بعيبه، ولا يجوز بيعه حتَّى يقلِّبه، وينظر إليه، وكذلك الثوب المدرج؛ له الخيار إذا اشتراه؛ لأنَّه لا يعلم ما في جوفه من العوارِ والحدث.

---

(١) في «ت»: «نقلت».

(٢) في «م» و«ت»: «عيباً».

فظاهر هذا جواز العقد، وإثبات[1] الخيار عند وجود عيب، فإن لم يكنْ معيباً، فلا خيار له.

وقال أبو حنيفة: ما لم يره البائع، ولا المشتري، ولا وصفاه جائز، وللمشتري الخيار سواء كان المبيع معيباً، أو لم يكن.

وأمَّا البائع، فهل يكون له الخيار؟ على روايتين، والصَّحيح عنه: أنَّه لا خيارَ له.

فالدَّلالة على أنَّ البيعَ باطل من أصله: ما روى أبو هريرة عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع الغَرَر[2].

والغررُ ما تردد بين سلامة المال وهلاكه، والغرر هاهنا موجود؛ لأنَّه لا يدري؛ هل هو باقٍ، أم لا؟ وإن كان باقياً، فلا يدري؛ هل يسلم له، أم لا؟ فيجب أن يكون منهياً عنه.

ولأنَّه مبيع مجهول الصفة عند العاقد، فوجب أن يكون باطلاً.

أصله: إذا قال: بعتك ثوباً.

ولا يلزم عليه إذا وصفه؛ لأنَّه معلوم الصفة.

وكذلك لا يلزم عليه بيع الجوز واللوز والباقلاَّء في قشره، وبيع الصُّبْرة الَّتي لم يشاهدْ باطنها؛ لأنَّ ذلك غير مجهول الصفة؛ لأنَّه قد شاهد ظاهره، وذلك الظاهر داخل في جملة المبيع.

---

(١) في «م»: «كإثبات».

(٢) رواه مسلم (١٥١٣).

وكذلك لا يلزم عليه تراب المعدن الَّذي فيه تِبْرٌ، وتراب الصاغة الَّذي فيه ذهب وفضة؛ لأنه قد شاهد التراب، وذلك داخل في جملة المبيع.

ولا يلزم عليه الجهالة بمواضع العيب؛ لأنا قلنا: بيع، وهذا إشارة إلى جميعه، والجهالة هناك ببعضه، فلا يلزم نقضاً.

فإن قيل: المبيع في الأصل مجهول في عينه، فأمَّا أن يكون مجهول الصفة فلا.

قيل له: ما جُهِلَت عينُهُ، فقد جُهِلَت الصفات وزيادة، وقد تُجهَلُ الصفات، ولا تُجهَلُ العين.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ تلك الجهالة تمنع التسليم؛ لأنَّ كلَّ عبد يحضره البائع يلتمس المشتري غيره.

وفي مسألتنا إذا قال: بعتك الثوب الَّذي في كُمِّي، لم يتعذر التسليم؛ لأنَّ القاضيَ يأمره بإخراج ما في كُمِّه، فإن رضيه المشتري أخذه، وإن لم يرضه رده.

قيل له: الجهالةُ في الأصلِ، لا التسليم؛ لأنَّه يعطيه ما يقع اسم الثوب، كالوصية والإقرار، وكما لو أسلم في ثوب جيِّد، أعطاه ما يقع عليه الاسم، أو يعطيه ثوباً وسطاً، كما لو تزوج على ثوب.

وقياس آخر، وهو: أنَّ الرؤيةَ أو الصفةَ في بيوع الأعيان جهةٌ يُتوصَّلُ بها إلى معرفة المبيع لعدمِهَا تأثيرٌ في العقدِ، وهو إبطال العقد

عندنا، وإثبات الخيار عند مخالفينا، فوجب أن يكون وجودُها شرطاً فيه، كالصفةِ في السَّلم.

فإن قيل: هذا باطل بالعلمِ بأنَّ المبيعَ معيب؛ لأنَّه معنى يُتوصَّلُ به إلى معرفة مقدار المعقود عليه، ومع هذا لا يبطل العقد.

قيل له: لا يبطل؛ لأنَّ العلمَ بالعيبِ إنَّما يحصل بالرؤيةِ، أو الصفة، ونحن عللنا للرؤية في الجملة، فلا تلزم عليه الأحوال.

ولأنا قلنا: (جهة يتوصل بها إلى معرفة المبيع)، وهذا إشارة إلى جميعه، ومواضع العيب بعض المبيع.

فإن قيل: لو كانت الرؤية أو الصفة في الأعيانِ بمنزلة الوصف في السلمِ، لوجب أن لا يجوز تقديمها على العقدِ، كما لا يجوز تقديم الوصف في السلمِ على العقد.

قيل له: إذا جاز تقديم الرؤية [على] العقد، جاز أن يتقدَّم الوصف، ولا فرقَ بينهما، وذلك أنَّه لو قال: أريد أن أسلفك في كُرٍّ[1] حنطة، ووصفه بالصفاتِ، فلمَّا كان بعد ذلك قال: قد أسلفتك في كُرٍّ حنطة على الصفاتِ الَّتي تقدَّم ذكرها، وعجَّل له الثمن، جاز.

فإن قيل: المعنى في صفات السلم: أنَّ جهالتها تمنع التسليم، وهذه الجهالة لا تمنع التسليم، وفرق بينهما، ألا ترى أنَّه لو باع صُبْرة مجهولة القدر جاز البيع؛ لأنَّ جهالتها لا تمنع التسليم، ولو باع صبرة غيرَ معينة

---

(١) هو مِكْيالٌ لِلعراقِ، كما في «القاموس المحيط».

لم يجز العقد؛ لأنَّ الجهالة تؤثِّرُ في التسليم.

قيل له: إذا قال: بعتك أحد هذين العبدين، لا على شرط الخيار، فهذا لا يمنع التسليم، ولا يصحُّ العقـد، فكذلك إذا قال: بعتك ثوباً، لا يمنع تسليمَ ما يقع عليه الاسم، ولا يصح؛ لأنَّه يمكنه أن يُعيِّن أحد العبدين، ويدفع ما يقع عليه اسم ثوب.

وقياس آخر، وهو: أنَّـه مبيعٌ لم تسبقْ من المشـتري رؤيـةٌ لـه، ولا صفةٌ، فلم يصح بيعه.

دليله: اللبن في الضرع، والحمل في البطن، والنَّوى في التمر.

ولا يلزم عليه تراب المعدن، وتراب الصاغة؛ لأنَّ المبيـعَ هنـاك الترابُ وما فيـه، فهو مرئيٌّ للمشتري، فهو يجري مجرى بيـع الجوز واللوز، هو مرئي للمشتري، وإن لم يشاهدْ باطنه؛ لأنَّه قد شاهد ظاهره.

فإن قيل: المعنى في اللبنِ، وفي الحمل: أنَّـه باع ما تضمنته خلقـة الحيوان غير شائع في جميعه، فصار كبيع يده ورجله.

وأمَّا النوى في التمرِ، فإنَّ تسليمها لا يمكن إلا بضرر لم يستحـقَّ بالعقدِ، وهو بكسر التمر.

قيل له: بقاء الشيء على خلقـة الأصل إذا لم يزلْ عنها، ولم يتغيَّر عن صورتها، لا يوجب فساد البيع، ألا ترى أنَّه إذا باع تمرة على رؤوس النخل، جاز، وإن باع سعفها، أو أغصان التوت النابتة على أصولها، جاز البيع، كما يجوز بعد قطعها وتغيرها عن أصل خلقتها.

وأمَّا حصول الضرر بانتزاع النوى من التمرِ، فلا يوجب فساد البيع؛ لأنَّ النقصَ الَّذي يدخل بذلك قد رضي به، فهو كما يبيع أحدَ مصراعي الباب، وأحد زوجي الخفِّ؛ فإنَّه يصحُّ، وإن كان يدخل بذلك النقص في ما لا يبيعه.

وقياس آخر، وهو: أنَّ من يجيز هذا البيع [أ]ثبت فيه خيارَ الرؤية، وذلك خيار مجهول لم يوجبه نقص، ولا يتعلَّق بكلِّ بيع، فأبطل العقدَ المتضمِّنَ له، كما لو قال رجل لرجل: بعتك هذا الثوب على أنَّ لي الخيارَ متى شئتُ.

ولا يلزم عليه خيار الردِّ بالعيب؛ لأنَّه يوجبه نقص.

ولا يلزم عليه خيار المجلس؛ لأنَّه يثبتُ في كلِّ بيع.

فإن قيل: كيف يصحُّ هذا على أصلكم؟ وقد قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل اشترى شيئاً، وهو فيه بالخيارِ، ولم يُسمِّ إلى متى: فله الخيار أبداً، أو يأخذه.

قيل له: المذهب الصَّحيح: أنَّ هذا خيارٌ باطل، وقد نقله ابن منصور عنه في موضع آخر في الرَّجلِ يبيع بشرط، ولا يُسمِّي أجلاً: أيُّ شيء يكون إذا سمَّى، فهو أحسن.

فإن قيل: المعنى هناك: أنَّ الخيارَ ثبت شرطاً، وهاهنا ثبت حكماً، فلا تؤثِّر الجهالة فيه بدلالة خيار الرد بالعيبِ، وخيار المجلس.

قالوا: ويبيِّن صحَّة هذا: أنَّ الخيارَ، كالأجلِ.

ولأنَّ كلَّ واحد منهما مُلحَقٌ بالعقدِ، ثمَّ لو شرطَا أجلاً مجهولاً بطل العقـد، ولو تأجَّلَ الثمن حكماً لم تؤثِّرْ جهالتـه بالعقـدِ، مثل أن يفلس المشتري، أو يأبق العبـد، فيتأخَّـر تسليم الثمن حتَّى يتمكن البائـع من التسليم.

قيل له: قولك: (إنَّه ثبت شرطاً، فلهذا نافته الجهالة) يبطل على أصلكم بالبراءة من العيوب؛ فإنَّـه يصح عندهم، وثبت شرطاً، والجهالة لا تنافيه.

وأمَّا خيار المجلس فالعادة أنَّـه زمانٌ يسير، فعُفِيَ عنه، كما عُفِيَ عن تأخير القبض في الصرفِ والسَّلم مدةَ المجلس، وكما جاز تأخير القَبول في مدة المجلس ثبت للحاجة، وهو اختيار المبيع؛ هل له فيه حظ؟ وخيارُ الرؤية لا حاجةَ به إليه؛ لأنَّه يمكنه أن يشاهده.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ [أنَّه] قال: «مَنِ اشْتَرَى شَيَئاً لمْ يَرَهُ فَهُوَ بالخِيَارِ إذَا رَآهُ»(١).

فلو لم يجز البيع لما أثبت الخيار.

والجواب: أنَّ أبا الحسن الدَّارقُطنيَّ رواه عن عمر بن إبراهيمَ بن خالد الكردي، عن وهب السَّكري، عن محمَّد بن سيرين، عن أبي هريرة.

ورواه من طريق آخر عن عمر قال: أخبرني القاسم بن الحاكم، عن أبي حنيفة، عن محمَّد بن سيرين، عن أبي هريرة، عن النَّبيِّ ﷺ.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٤).

ثمَّ قال: عمر بن إبراهيمَ يضعُ الأحاديث، وهـذا باطل لا يصحُّ، لم يروه غيره، وإنَّما يُروَى عن ابنِ سيرينَ موقوفاً[1].

ولو صحَّ حملنـا[2] قوله: (لم يره)، ولكنه وصفه، (فهو بالخيارِ إذا رآه) على خلاف صفاتـه، كما هو بالخيارِ فيما شاهده إذا وجـده معيباً في فسخ العقد، وفي إمضائه.

فإن قيل: هذا الخيار متعلق بفقد الصفة، لا بالرؤيةِ، والخبرُ يقتضي تعلقه بالرؤية.

قيل له: لمَّا كان فقد الصفة يعلم بالرؤيةِ، جاز أن يعلقه بها.

وقد قيل في جوابـه: من ابتاع شيئاً لم يره حال العقد، وكان قد رآه قبل العقد، فهو بالخيارِ إذا تغيَّرَ.

واحتجَّ بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «لا تَلَقَّوا الجَلَبَ، فَمَنْ تَلَقَّـاهُ، وَاشْتَرَى مِنْهُ شَيئاً، فهُوَ بالخِيَارِ إذَا رَأَى السُّوقَ»[3].

ولا خلاف أنَّه إذا كان قد رآه، فلا خيار له، فعُلِمَ أنَّ المرادَ به: إذا كان قد اشترى شيئاً في وعاء، ثمَّ حمله إلى السوقِ، ونظر إليه؛ إنه بالخيار.

والجواب: أنَّ إثبات الخيار هاهنا عنـد أصحابنا رجـع إلى ظهور

---

(١) انظر: «سنن الدارقطني» (٣/ ٤).

(٢) في «م»: «حملناه».

(٣) رواه مسلم (١٥١٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الغُبنِ في المبيعِ دون الجهالة.

يبيِّن صحَّـة هذا: قولـه: «فهُوَ بالخِيَارِ إذَا رَأَى السُّوقَ»؛ لأنَّ بها يُعتبَر الغبنُ من غيره.

واحتجَّ بما روى زيد بن ثابت عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّـه نهى أن تباع السِّلعُ حيث تُباعُ حتَّى يحوزها التُّجار إلى رحالهم[1].

ومعناه عندنا: أن يشتري المتـاع في الوعـاء، فلا يبيعه هناك قبل أن يراه؛ لئلا يُلزِمَ نفسه مبيعاً مجهول الصفة.

والجواب: أنَّ معناه عندنا: أن يشتري مكيلاً، أو موزوناً، فلا يبيعه هناك قبل نقله؛ لأنَّ بيعه قبل قبضه لا يصحُّ.

واحتجَّ بما رُويَ: أنَّ عثمان بن عفَّان باع مالاً بالكوفةِ من طلحـةَ ابن عُبيدِالله، فقال طلحة: لي الخيار؛ لأنِّي اشتريتُ ما لم أره، وقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعتُ ما لم أره، فحكَّما بينهما جُبيرَ بن مطعم، فقضى جبيرٌ بالخيار لطلحة[2].

وروى معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: قال أصحاب النَّبيِّ ﷺ: وددنا لو أنَّ عثمـان وعبـد الرحمن تبايعا، ثم ننظرَ أيَّهما أعظمَ جَداً[3] في التجارةِ، فابتاع عبد الرحمن من عثمان فرساً بأرض لـه أخرى

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٩٩).

(٢) انظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر (٣/ ٦).

(٣) في «م» و«ت»: «جزا».

بأربعين ألف درهم، أو نحو ذلك، إن[1] أدركتها الصفقة وهي سالمة، ثمَّ مشى قليلاً، ثمَّ رجع إليه، وقال: أزيدك ستة آلاف درهم إن وجدها رسولي سالمة، قال: نعم، فوجدها رسول عبد الرحمن وقد ماتت[2].

فدلَّ هذا على معنيين[3]:

أحدهما: جواز شراء ما لم يره.

والثَّاني: جواز الزِّيادة في الثمنِ بعد انبرام العقد.

وروى يونس، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر قال: كنَّا إذا تبايعنا كلُّ واحد منَّا بالخيارِ ما لم يتفرَّق المتبايعان، قال: فتبايعت أنا وعثمان مالاً بالوادي بمالٍ له كثير، قال: فلمَّا بعته طفقتُ[4] أنكصُ على عقبي خشيةَ أن يُرَادَّني عثمان المبيعَ قبل أن أفارقه[5].

وروى شُعيبُ بن أبي حمزةَ، عن الزُّهري، عن سالم، عن عبدالله ابن عمر: أنَّه ركب مع عبدالله ابن بُحَيْنَةَ إلى أرض له برِئْمٍ[6]، فابتاعها

---

(١) في «م» و«ت»: «فإن».

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤٢٤٠) وغيره.

(٣) في «م» و«ت»: «تعيين».

(٤) في «م» و«ت»: «طفتُ».

(٥) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٦).

(٦) قال ياقوت في «معجم البلدان» (٣/ ١١٤): «وهو واد لمزينة قرب المدينة يصب فيه وَرِقانُ، له ذكر في المغازي، وفي أشعارهم».

منه عبدالله بن عمر على أن ينظرَ إليها، قال: ورِئْمٌ بالمدينة قريب من ثلاثين ميلاً[1].

فاتَّفق هؤلاء الصَّحابة على جواز بيع ما لم يره المشتري، ولا يُعرَفُ لهم مخالف.

والجواب: أنَّه لا حجَّة في ذلك، وأمَّا حديث عبد الرحمن مع عثمان فيحتمل أن يكون عثمان وصفه له، فقال عبد الرحمن: لي الخيار إذا وجدته على خلاف صفته، وكذلك بيع ابن عمر لعثمان ماله بالوادي يحتمل أن يكون وصفه له، وكذلك ابتياع ابن عمر من عبدالله ابن بُحَيْنَةَ.

ولأنَّه يحتمل أن يكون عثمان لم يره حين العقد، وكان قد رآه قبل ذلك، فظنَّ أنَّه على تلك الصفة، وكذلك طلحة، فأثبت الخيار لطلحة لمخالفة الصفة.

يدلُّ على هذا: أنَّه أثبت الخيار لطلحة، وعندهم إذا لم توجد الرؤية من البائعِ، ثبت الخيار له.

واحتجَّ بأنَّه عقد من العقودِ، فوجب أن لا يكون من شرط صحَّته رؤية المعقود عليه.

دليله: النكاح.

والجواب: أنا نقول بموجبه، وأنَّه ليس من شرطه رؤية المعقود عليه.

---

(١) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٦٢).

فإن قالوا: فنقول: فلم يكنْ من شرطه صفة المعقود عليه، كالنكاحِ.

فالجواب: أنَّ النكاحَ لا أثرَ لعدم الرؤية والصفة فيه، ألا ترى أنَّ بعدمِهما لا يثبت الخيارُ، ولا يتعلَّق به حكم، والرؤية والصفة في البيعِ لعدمها تأثيرٌ، وبوجودها يصير المبيع معلوماً، وكان وجودها شرطاً، كالصفةِ في السلم.

ولأنَّ القصدَ في البيعِ طلب الفضل والربح، ولوجود الرؤية والصفة تأثير في هذا المعنى، فاشترطت، وليس كذلك النكاح؛ فإنَّه لا يُقصَدُ به ذلك، وإنَّما القصدُ منه الألفة والوصلة.

فإن قيل: قد تُقصَدُ به ألفة على صفة دون صفة، ألا ترى إلى قول النَّبيِّ ﷺ: «إِذَا أَوْقَعَ اللهُ فِي قَلْبِ أَحَدِكُمْ خِطْبَةَ امْرأةٍ، فَلْيَنْظُرْ إِلَيهَا»[1]؛ كي يُؤْدَمَ بينهما.

ولأنَّه لو وجدها بَرْصاء أو رَتْقاء ملك الفسخ، كالبيع.

قيل له: الخبر حجَّة لنا؛ لأنَّه لمَّا كان القصد الألفة أُمِرَ بالنظرِ إليها؛ ليحصل له المقصود، وكذلك يجب أن يكون في البيعِ.

وأمَّا البرص والرتق فإنَّما ثبت به الفسخ؛ لأنَّه يفوت معه المقصود

---

(١) رواه الطيالسي في «مسنده» (١١٨٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (١٩٩١) من حديث محمد بن مسلمة ﷺ، بهذا اللفظ.

الأعظم، ألا ترى أن ما لا يفوت معه ذلك في سائر العيوب لا يثبت بـه الفسخ، وفي البيعِ جميع العيوب يفوت معها المقصود.

واحتجَّ بأنَّ العينَ معلومة، وإنَّما جُهِلَت صفاتها، وجهالة الصفة ليست بأكثر من عدم الصفة، لا تمنع جواز البيع فجهالتها أحرى.

والذي يدلُّ على أنَّ عدم الصفة لا يمنع جواز البيع اتِّفاقُهم على أنَّـه لو اشترى عبداً على أنَّه صحيح العينين، فوجده أعمى، جاز البيع، وثبت له الخيار.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّ العينَ معلومة؛ لأنَّه إذا قال: بعتك عبداً، فإنما يُعرَفُ الجنس، ولا تُعرَفُ العين، ألا ترى أنَّه لو رآه بعد ما اشتراه، لم يعلمْ أنَّ هذا هو المشترى.

وعلى أنَّه لا فرقَ عندك بين أن تكون العين معلومة، أو مجهولة؛ لأنَّه لو قال: (بعتك ما في هذا البيت، أو ما في كُمِّي هذا)، جاز، وإن لم تكن العين معلومة؛ لأنَّه لم يكنْ جنساً يتعين به، وقد نص أبو يوسف على هذا، وليس عن أبي حنيفة فيه رواية.

وعلى أنَّ هذا باطل بـه إذا قال: (بعتك أحد هذين العبـدين على أن تختار من شئت منهما)؛ فإنَّ العينَ معلومة؛ بمعنى: أنَّه قد تميَّزَ المبيع بكونه عبداً من غيره، ومع هذا فالعقد باطل بجهالة صفته.

ولأنَّ جهالة الصفـة أكثر من عدم الصفـة المشروطة بدليل أنَّ فقد الصفة في العينِ لا يُبطِلُ، وعدم الصفـة في السَّلمِ يُبطِلُ، وكذلك فقـد

التعيين لا يُبطِلُ، ويَبطُلُ إذا باع ثوباً من الثَّوبينِ، ولم يشترط الخيار.

وأمَّا إذا اشترى عبداً على أنَّه صحيح، فبان أعمى، إنَّما [لا] يبطل؛ لأنَّه يجرى مجرى ظهور العيب، وذلك لا يبطل.

واحتجَّ أن بيع الباقلاء في قشره والجوز واللوز والبيض جائز، وليس المعقود عليه والمقصود بالشراءِ قشورُها، وإنَّما المقصود منها ما فيها من اللبِّ، ثمَّ لم يمنعْ عدمُ رؤية المقصود منها جوازَ العقد عليها، كذلك هاهنا.

وكذلك يجوز بيع الصُّبْرة، وإن كان لا يشاهد باطنها، وكذلك الجهل بمواضع العيب لا يمنع الصحَّة، كذلك هاهنا.

وربَّما قالوا: جهالةٌ لا تؤثِّرُ في تسليم المبيع، فأشبه ما ذكرنا.

ولا تلزم عليه جهالة رأس المال؛ لأنَّها تؤثِّرُ في التسليم؛ لأنَّه يجد بعضه زُيُوفاً، فيرده، فلا يدري كم الباقي من المسلمِ فيه.

ولا يلزم عليه إذا باع درَّةً في صدفة؛ لأنَّه ليس المانع من البيعِ هناك الجهالة، وإنَّما المانع أنَّه باعه ما يتضمَّنه الحيوان خلقة.

والنَّوى مما يباع[1] في مضمون الخلقة ممَّا يفسد بتسليمه، ولهذا لو ظهر بعض النواة لم يجز البيع، وإن زالت الجهالة بظهور بعضها.

والجواب: أنَّه يبطل به إذا قال: (بعتك أحد هذين العبدين على أنَّك بالخيارِ)، فإنَّها جهالة لا تمنع من التسليم؛ لأنه يمكنه أن يختار أحدهما،

---

(١) في «ت» و«م»: «يباع مما».

ومع هذا فإنَّه لا يصحُّ.

وكذلك إذا قال: (بعتك ثوباً)، فإنه لا يمتنع؛ لأنه يمكنه تسليم[1] ما يقع عليـه الاسم؛ لأنَّ النظرَ إلى موضع العيب يشقُّ، فعُفِيَ عنـه، ألا ترى أنَّه لا أثـرَ لعدمه في العقـد؟ لأنَّـه لو رأى تلك المواضع سليمة لم يثبت له الخيار.

والنظر إلى المواضعِ الظاهـرة لا يشق، فكـان شرطاً، ألا ترى أنَّ لعدمه تأثيراً في العقد بالإجماع، وهذا كما أنَّ ضبطَ صفات المُسلَمِ فيه الباطنة ليس بشرط، وضبط الظاهرة المقصودة شرط.

ولأنَّ السلامة من العيـب معلومـة بالشـرع؛ لأنَّها موجـب البيـع ومقتضاه، فلا يفتقر العقد إلى مشاهدتها، والوقوف عليها.

وليس كذلك الصفات؛ لأنَّها مجهولـة، وليست من موجب البيع؛ لأنَّه لا يقتضي وجودها، ولا عدمها، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

وأمَّا الجوز واللوز والصبرة فإنَّما جاز البيعَ في ذلك؛ لأنَّ الرؤيةَ حصلت فيها على حسب العادة، وقد يستدل برؤية ذلك على ما لم يرَ، فأمَّا هاهنا فلم تحصل رؤية البيع بوجه، ولا صفة، فلم يصحَّ.

ولأنَّ عدمَ رؤية باطن الصبرة وما في الجوزِ واللوز لا أثرَ لـه في البيعِ بوجه، ألا ترى أنَّه لو وجد ذلك سليماً لزم العقد، ولم يكن لعدم الرؤيـة تأثيرٌ؟ ولعدمِ رؤيتِـهِ هذا المبيـعَ وصفتِـهِ تأثيرٌ؛ لأنَّـه لـو وجده

---

(١) في «ت»: «التسليم».

معيباً[1] ثبت له الخيار في فسخ البيع، فكان وجودها شرطاً فيه.

ولأنَّ مشاهدة باطن الجوز واللوز يشق؛ لأنَّه يؤدِّي إلى فساده إذا قُشِرَ، إذا لم يكنْ معيباً.

واحتجَّ بأنَّه أحد البدلين في البيعِ، فلم تكن رؤيته شرطاً في صحَّة العقد، كالثمنِ إذا لم يكنْ معيباً.

والجواب: أنَّا نقول بموجبه؛ أنَّ الرؤيةَ ليست شرطاً في الفرعِ، كالأصلِ، والصفةُ شرطٌ[2] في الفرعِ، كما هي شرط في الأصلِ، وقد وافقنا المخالف على اعتبار الصفة في الثمنِ، فيجب أن تكون معتبرة في المثمنِ، فقد صار الأصل حجة لنا من هذا الوجه.

واحتجَّ بأنَّ الرؤيةَ معنى لا يتأتَّى إلا في معيَّن، فلم تكن شرطاً في بيوع الأعيان، كالذوقِ واللمس والشم.

والجواب: بأنَّه ينتقض بالتعيينِ، وهو قوله: الثوب الَّذي في كُمِّي.

والمعنى في الأصلِ: أنَّ عدمه لا يؤثِّر، وعدم الرؤية يؤثر في العقدِ.

* فصل:

إن قلنا: إنَّ البيعَ صحيح، فهل يثبت له خيار الرؤية؟

---

(١) في «م» و«ت»: «سليماً».

(٢) في «م» و«ت»: «شرطاً».

قد نقل حنبل روايتين:

إحديهما: لا يثبت له خيار الرؤيـة؛ لأنه قال: إذا اشترى الثياب في الجراب، فله خيار الرؤية إذا نشره، إن كان معيباً ردَّه بعيبه.

وظاهر هذا: أنَّه إذا لم يكن به عيبٌ[1] لم يرده.

ونقل في موضع آخر: وذُكِرَ له قول سفيان في رجل استأجر رجلاً في كلِّ شهرٍ بكـذا: هو مكروه، هـو بمنزلـة قولك: اشتري منـك هذا الجِراب، كل ثوب بكذا وكذا.

قال أبو عبدالله: هذا يخالف الجِراب؛ لأنَّ الثيابَ لـه فيها خيـار الرؤية، وهو مُغَيَّبٌ عنه، وهذا يستأجره كل شهر بشيء مُسمًّى، هذا جائز.

وظاهر هذا: إثبات الخيار.

وهو قول أبي حنيفة والشافعيِّ على القول الذي يجيز بيعه بالصفة.

وجه الرواية الأولى: عموم قول النبي ﷺ: «البيِّعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالخِيارِ مَالمْ يَتَفَرَّقَا»[2]. وهذا عام.

ولأنَّه خيار لم يوجبه نقص، ولا يثبت في كل مبيع، فلم يثبت على وجه مجهول.

دليله: لو ابتاعه بشرط خيار مجهول.

---

(١) في «ت»: «عيباً».

(٢) رواه البخاري (١٩٧٣)، ومسلم (١٥٣٢) من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.

وفيه احتراز من خيار المجلس والرد بالعيب.

ولأنَّه [لو][1] وجد المبيع سليماً فلم يملك الخيار، كما إذا كان قد سبق منه رؤية، كالمسلم إذا وجده على صفاته.

ولا يلزم عليه إذا كان المبيع بشرط[2] الخيار؛ لأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

ووجه الثانية: ما[3] رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ ابْتَاعَ شَيئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخِيَارِ إذَا رَآهُ»[4].

والجواب: أنَّا قد بيَّنَّا: أنَّ هذا محمول عليه إذا لم يره، ولكنه وصفه، ولم يجده على الصفة، فله الخيار.

واحتجَّ بأنَّ في إسقاط الخيار إسقاطَ معنى المسألة؛ لأن هذا المبيع مُسمَّى ببيع خيار الرؤية.

والجواب: أنَّه ليس كذلك؛ لأنَّ هذا المبيع موصوف ببيوع الأعيان الغائبة من غير رؤية، ولا صفة.

* * *

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

(٢) في «ت»: «يشترط».

(٣) في «ت»: «بما».

(٤) تقدم تخريجه قريباً.

## ٢٤٦ ـ مَسْأَلَة

**بيعُ الأعيانِ الغائبـة بالصفةِ جائـز[١]، وكذلك الحاضرة الَّتي تشقُّ رؤيتها، كالأعدال تباع على [البَرْنَامَجِ][٢] وشبهه:**

وقد نصَّ على ذلك في رواية الأثرم وأبي طالب.

وبه قال مالك.

وللشافعي قولان:

قال في القديمِ: مثل هذا.

وقال في الجديدِ: لا يجوز بيعها إلا على الرؤية.

دليلنا: أنَّ الصفةَ تقوم مقام الرؤية عند تعذُّرها، كالسَّلم[٣].

فإن قيل: لا فرقَ عندك بين أن تكون الأعيان غائبة، فيصفها.

قيل له: إذا ثبت جواز بيع الغائبـة بالصفةِ ثبت جواز الحاضرة؛ لأنَّ أحداً ما فَرَّقَ.

وإن شئت قلت: أحد نوعي المبيعات، فجـاز أن تباع على الصفةِ، كالَّذي يباع على الذِّمةِ.

---

(١) في «م» و«ت»: «جائزة».

(٢) في «ت»: «البارنامج»، وموضع الكلمة بياض في «م»، والبرنامج عنـدهم هو: الدفتـر المكتـوب فيـه أوصاف ما في العـدل من الثيـاب، وقـال في «القاموس المحيط»: «البَرنامَجُ الورقةُ الجامعةُ للحسابِ، مُعرَّبُ بَرْنامَهْ».

(٣) في «م» و«ت»: «كالتسليم».

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّـه إذا جاز السلم في الموصوف، وهو غير معيَّن، فجواز البيـع في العينِ الموصوفـة أولى؛ لأنَّ الصفـةَ تمكن في العين المشاهدة ما لا تمكن في المعدوم.

فإن قيل: السلم حجَّة لنا، وذلك أنَّ ما اختلفنا فيه هو بيع عين بصفة[1]، فكان باطلاً، كالسلمِ في الأعيان.

قيل له: إذا أسلم في عين، ولم يشترط أجلاً، جاز، وكان بيعاً عبَّر عنه بالسلمِ، وإن أسلم فيها مؤجلاً بطل العقد؛ لدخول التأجيل في العينِ، لا لأنَّه عقد على عين موصوفة.

فإن قيل: السلم لمَّا لم يمكنْ مشاهدتـه جاز أن تقـوم الصفة مقام المشاهدة، وفي بيوع الأعيان يمكن مشاهدتها، فلهذا لم تقم الصفة مقامها.

قيل له: إذا كانت غائبة قد لا يمكن مشاهدتها.

وعلى أنَّ الثمنَ يمكن مشاهدته، ومع هذا فيجوز بالصفةِ.

وقياس آخر، وهو: أنَّ الصفة في بيوع الأعيان جهة نتوصل بها إلى معرفة المبيع، فصحَّ العقد معها.

دليله: الرؤية.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ الصفةَ يُعلَم بها الموصوف، والرؤيـة لا يُعلَم بها، ألا ترى أنَّ من باع فَصّاً، فرآه المشتري، وهو لا يعلم؛ أجوهر هو، أو زجاج؟ جاز العقد، وإن كانت الجهالة باقية مع الرؤية.

---

(١) في «م» و«ت»: «غير نصيبه».

وكذلك إذا ابتاع الدِّرْياقَ[1] ممَّن رآه من ليس [بطبيب][2] لا يعرفه، صحَّ العقد مع بقاء الجهالة.

فإن قيل: لا نسلِّم أنَّ الصفةَ جهة يُتوصَّلُ بها إلى معرفة المبيع.

قيل له: الدَّليلُ على صحَّة ذلك: السلمُ.

ويبيِّن صحَّة هذا: قول النَّبيِّ ﷺ: «وَلا تَصِفُ المَرْأَةُ المَرْأَةَ لِزَوجِهَا كَأنَّه يَرَاهَا»[3].

فلولا أنَّها تقوم مقام الرؤية لم يَنْه عن ذلك.

ولأنَّا قد بينا: أنَّ العلمَ يحصل بها ما لا يحصل بالرؤيةِ بدليل بيع الفَصِّ والدِّرْياق.

وقياس آخر، وهو: أنَّه أحد البدلين في البيعِ، فلم تكن رؤيته شرطاً في صحَّة العقد، كالثمنِ إذا كان غير معيَّن.

وإن شئت قلت: أحد البدلين في البيعِ، فقامت الصفة فيه مقام الرؤية.

دليله: الثمن.

فإن قيل: المعنى في الثمنِ: أنَّه في الذمةِ، فهو كالمبيعِ

---

(١) في «م» و«ت»: «الذرياق»، وصوابه بالدال المهملة، قال في «العين»: «الدِّرياق: لغة في التِّرياق»، وقال في «جمهرة اللغة»: «وربما سُمِّيت الخمر دِرياقاً».

(٢) موضع الكلمة بياض في «م».

(٣) رواه البخاري (٤٩٤٢) من حديث ابن مسعود ﷺ.

إذا كان في الذمة.

قيل لـه: لو كانت الرؤية شرطاً لم يصحَّ العقد على ما في الذمةِ؛ لعدم الرؤية فيه.

واحتجَّ المخالف بما روى أبـو الزِّناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع الغَرَرِ[1].

والغررُ ما تردَّد بين جائزٍ من سلامة المال وهلاكه.

وفي هذا البيعِ غررٌ من وجهين:

أحدهما: أنَّ العبدَ الغائب لا يدري؛ هل هو باقٍ، أم لا؟

وإن كان باقياً، فلا يدري؛ هل يسلم له، أم لا؟

والجواب: أنَّ الغررَ ما كان الغالب منه عدم السَّلامة بدلالـة: أنَّ الخارجَ في المفازة بغير صحبة، يقال: غرَّر بماله، ولا يُقال للخارج في صحبة: غرَّر، وإن جاز أن يسلم، وجاز أن يهلك؛ لأنَّ الغالب منه السَّلامة.

ولو كان الغرر عمَّا تردَّد بين الجواز والهلاك، كانـت الساعات كلها غرراً؛ لجـواز أن يهلك قبـل القبض، ولكان ما عاينـه وابتاعـه ـ وليس بحاضر ـ غرراً، فعُلِمَ أنَّ معنى الخبر: ما الغالب منـه عدم السلامة، كبيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والطائر في الهواء، والسمك في الماءِ، ونحو ذلك.

واحتجَّ بما روى عمرو بن شُعَيب، عن أبيـه، عن جده عبـدالله بن

---

(١) تقدم تخريجه.

عمرو: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا يَحِلُّ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلا رِبْحُ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[1].

قالوا: ومن باع عبداً بالبصرةِ، فقد باع ما ليس عنده.

والجواب: أنَّ البيعَ في مسألتنا يجوز في ما ليس عنده باتفاق إذا كان قد رآه، ويبطل عندهم في ما هو عنده، إذا لم يكنْ قد رآه، فعُلِمَ أنَّ الفساد عندهم لمعنى آخر، وهو الجهالة، أو عدم الرؤية، فأما أنْ يكون لما ذُكِرَ في الخبر فلا، فلم يبقَ إلا أنْ يحمل الخبر على بيع ما ليس في ملكه؛ لأنَّ العقد لا ينفذ فيه للمعنى المذكور في الخبر دون غيره.

يبيِّن ذلك: أنَّ الخبرَ خرج على هذا السبب، وهو أنَّ حكيم بن حزام قال: كنتُ أدخلَ السُّوق، فأستجيد السلع، وأخرج، فأبيعها، ثمَّ أرجع، فأبتاعها، ثمَّ أسلمها.

فبان هذا السبب شاهداً لما ذكرناه من التأويل.

واحتجَّ بأنَّه بيع لم يره ولا شيئاً منه، أشبه إذا لم يره، ولا وصفه.

والجواب: أنَّ المبيعَ هناك مجهول الصفة عند العاقد، فلهذا بطل، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّه معلوم الصفة فصحَّ، كما لو شاهده.

ولأنَّ عدم الرؤية والصفة لو وجدا في الثمنِ أبطل العقد، كذلك إذا وُجِدَ في المثمنِ، وليس كذلك الصفة؛ لأنَّها لو وُجِدَت في الثمنِ

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٤)، والنسائي (٤٦٣٠)، والترمذي (١٢٣٤)، وابن ماجه (٢١٨٨).

صحَّ معها العقد، كذلك إذا وُجِدَت في المثمنِ.

واحتجَّ بأنَّ بيوع الأعيان أحد نوعي المبيع، فوقع على وجه واحد، كالنوعِ الثاني، وهو بيع ما في الذمة.

والجواب: أنَّه يبطل بالثمنِ في بيوع الأعيان؛ فإنَّه أحد النوعين، ويقع على وجهين؛ معيَّناً، وموصوفاً.

ولأنَّا نعكس العلة فنقول: فكانت الصفة طريقاً في تصحيحه.

دليله: ما ذكرت.

ولأن ما في الذمة لو وقع على وجهين، خرج العقد عن موضوعه؛ لأنَّه يصير من بيوع الأعيان، ويخرج عن بيوع الذمة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الصفةَ لا تخرجه من موضوعه.

ولأنه بيع عين مع الصفة، كما هو بيع عين مع المشاهدة.

واحتجَّ بأنَّها عين لمْ يرَ شيئاً منها، فلم يصحَّ العقد عليها، كاللبنِ في الضرع، والنوى في التمرِ، والحمل.

والجواب: أنَّه يلزم عليه عقد النكاح، وعقد السلم ينكسر بـه؛ فإنَّه يصحُّ مع عدم الرؤية.

والمعنى في الأصل: أنَّه مجهول الصفة، وهاهنا معلوم، كما لو رآه.

*** فصل:**

فإن وجد المبيع على الصفةِ المذكورة لم يكنْ له الخيارُ.

نصَّ عليه في رواية الأثرم، وأبي طالب، وجعفر بن محمَّد النسائي

ـ واللفـظ لجعفر ـ في رجل يبيع المتاع، فيفتحُ جراباً، فيريه، ثم يقول: الباقي على صفة هذا، فقال: إذا جاء به على صفته ليس له أن يردَّه.

وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة، والشَّافعي على القولِ القديم: يملك الخيار.

دليلنـا: حديـث ابن عمـر وغـيـره: أنَّ النَّبـيَّ ﷺ قـال: «الْمُتَبَـايِعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[1].

فدلَّ على أنَّهما إذا تفرَّقا، فلا خيار بينهما، فهذا عام في كلِّ بيع.

ولأنَّه وجد المبيع على صفته المذكورة، فلم يكن له الخيار.

دليله: السلم.

واحتجَّ المخالف بما رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه قال: «مَنِ ابْتَاعَ شَيئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُ»[2].

والجواب: أنَّه محمول عليه إذا لم يجده على صفاتـه المذكورة بدليل ما ذكرناه.

*** فصل:**

ويحتاج فيه إلى استيفاء كلِّ وصف يختلف الثمن لأجله.

وقد أومأ إليه أحمد في رواية الأثرم، فقال في الجُرُبِ يُؤتَى بها من

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

الري، أو من أصبهان، فتباع من غير أن تُفتَح، فقال: ينبغي أن يصفوها على معنى السلم، فإذا وُجِدَت على صفتها جاز البيع.

فقد شبَّه ذلك بالسلمِ، والسَّلمُ تعتبر فيه الصفات الَّتي يختلف الثمن لأجلها.

ونقل جعفر بن محمَّد النسائي في الرَّجلِ يبتاع المتاع، فيفتح جراباً، فيريه، ثمَّ يقول الباقي على صفة هذا، قال: إذا جاء به على صفته، فليس له ردُّه.

وهذا محمول على أنَّ هذه الثياب لها عرف في بلدها.

وقال بعض الشافعية: إذا ذكر معظمَ صفاته جاز اتِّكالاً على خيار الرؤية في الثَّاني.

دليلنا: أنَّه مبيع اعتُبِرَتْ صفاته، فاعتُبِرَ فيه كلُّ صفة يختلف الثمن لأجلها[1].

دليله: السلم.

وما ذكروه من خيار الرؤية فقد بيَّنَّا: أنَّه غير ثابت فيه، كما لا يثبت في عقد السلم.

* * *

## ٢٤٧ ـ مَسْأَلَةٌ

### شراءُ الأعمى جائزٌ:

وكذلك بيعه في قياس المذهب، وأنَّ الرؤيةَ ليست شرطاً في عقد

البيع، وإنَّما الاعتبار بالصفةِ، وهذا يمكن في حقِّ الأعمى.

وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وقال الشَّافعي: لا يجوز.

دليلنا: أنَّ جماعة من الصَّحابةِ كانوا عمياناً مثل: العبَّاس، وابن عبَّاس، وابن عمر، وابن أم مكتوم، وكانوا يبيعون ويشترون، ولم ينكر عليهم أحد، ولا قال: إن بياعاتهم وأشريتهم باطلة مفسوخة.

وكلُّ من جاز أن يلي عقد السلم جاز أن يلي شراء العين.

دليله: التعيين.

ولأنَّ كلَّ عقد جاز أن يليه البصير جاز أن يليه الأعمى، كالسلمِ.

وبنى[1] المخالف على أصله، وأنَّ الرؤيةَ شرط في صحَّة الشراء، والأعمى لا يرى، وقد دللنا على أنَّ الرؤيةَ ليست شرطاً في صحَّة الشراء.

* * *

## ٢٤٨ ـ 

## خيارُ المجلسِ ثابتٌ في عقد البيع إلى أن يفترقا:

نصَّ عليه في مواضع؛ في رواية الأثرم، والمَرُّوذِيِّ، وإبراهيم بن

(١) في «م» و«ت»: «وما».

الحارث، والحسن بن الحسين، وعبدالله.

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبو حنيفـة ومالك: خيار المجلس ليس بثابت، ويلزم البيعُ بالإيجابِ والقَبولِ.

دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابنِ عمر، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «كُلُّ بَيِّعَينِ فَأَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِـهِ بالخِيَارِ حتَّى يَتفرَّقَا، أوْ يَكُونَ خِيارٌ»(١).

وفي لفظ آخر قال: «إِذَا تَبَايَعَ المُتَبَايِعَانِ [بِالبَيْعِ]، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَـارِ مِنْ بَيْعِـهِ مَا لَمْ يَتفرَّقَـا، أَوْ يَكُـونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خِيَـارٍ، فَإِذَا كَـانَ [بَيْعُهُمَا] عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ».

وكان عبدالله إذا أراد أن لا يقيلَ الرَّجلَ مشى هُنَيَّةً(٢).

وفي لفظ آخر قال: «كُلُّ بَيِّعَينِ لا بَيعَ بَينَهُمَا حتَّى يَتفَرَّقَـا، أوْ يَقولَ لِصَاحِبِـهِ: اخْتَرْ»(٣).

وروى أيضاً بإسناده عن سَمُرَةَ بن جُندبٍ قال: قال رسول الله ﷺ: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا»(٤).

وروى ـ أيضاً ـ بإسناده عن حكيم بن حِزامٍ، عن النَّبيِّ ﷺ قال:

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٥٤).

(٢) رواه مسلم (١٥٣١).

(٣) رواه البخاري (٢٠٠٣).

(٤) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٥/ ١٢).

«البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أو حتَّى يَتفَرَّقَا»[1].

وروى بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا» قال: «أو[2] أنْ يَكُونَ بَيعُهُما خِيارٌ»[3].

وروى ـ أيضاً ـ بإسناده عن أبي الوَضِيْءِ قال: كنَّا في سفر ومعنا أبو بَرْزَةَ الأسلمي، قال: فباع رجل من أهل العسكر فرساً، قال: ثمَّ ندم، فأراد أن يرد البيع، فأبى البائع أن يُقيلَهُ، فاختصما إلى أبي برزة، قال: فقصَّا عليه القصة، فقال أبو برزة: إن شئتما قضيتُ بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؛ إن رسول الله ﷺ قال: «البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[4].

وروى بإسناده عن عمرو بن شُعيبٍ، عن أبيه، عن جده: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «البَائِعُ وَالمُبْتَاعُ بِالخِيَارِ حَتَّى يَتفَرَّقَا، إلا أَنْ يَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ، وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[5].

ذكر عبدالله هذه الأخبار في «مسائله».

ووجه الدَّلالة منها: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أثبت الخيار للمتبايعين إلى أن

---

(١) تقدم تخريجه عند البخاري ومسلم. ورواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٤٠٢).

(٢) في «ت» و«م»: «و»، والتصويب من «المسند».

(٣) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٣١١).

(٤) ورواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٥٢٦٣).

(٥) ورواه أبو داود (٣٤٥٦)، والترمذي (١٢٤٧).

يتفرَّقا، والتبايع اسم مشتق من فعل، فلا يطلق اسم الفاعل إلا بعد وجود الفعل منه، كالقاتلِ والشارب، فصار حقيقة الاسم أنَّ بعد وجود البيع منهما، لهما الخيارِ ما لم يتفرَّقا.

فإن قيل: الخبر خبر واحد، وقد اختُلِفَ على نافع فيه، ونحن نعلم أنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يَقلْ جميع هذه الألفاظ، وإنَّما تكلَّم بواحد منها، فوجب التوقُّف حتى نعرف لفظ رسول الله ﷺ منها، فنعمل بمقتضاه.

قيل لـه: يحتمل أن يكون النَّبيُّ ﷺ قال ذلك في مجالس مختلفة، وقضايا مختلفة، فسمع قوم في مجلس بلفظ، وسمع آخرون بلفظ آخر في مجلس آخر، وليس يجب على النَّبيِّ ﷺ إعادة اللَّفظ إذا كان الثَّاني يعطي معناه؛ لأنَّ الاعتبارَ بالمعنى.

فإن قيل: هذا محمول على المشتري إذا ساوم، فقال: بعني هذا العبد، فقال البائع: بعتك، فكلٌّ واحد منهما بالخيارِ؛ إن شاء البائع رجع عن الإيجابِ، وإن شاء أقام عليه، والمشتري بالخيارِ؛ إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبلْ، فإذا افترقا عن مجلسهما بطل خيار كلٍّ واحد منهما.

قالوا: وهـذا هـو الصَّحيح؛ لأنَّ حقيقـةَ المتبايعين: المتشاغلان بالبيعِ، كالمتقاتلين، فإذا تمَّ البيع، فقد تقضَّى بيعهما، فالاسم فيهما مجاز؛ لأنَّهما كانا[1] متبايعين.

قيل له: هذا تأويل تردُّه اللغة والشرع؛ لأنَّ في اللغةِ: من لم يُوجَدْ

---

(١) في «م»: «كانوا».

منه الفعلُ لا يُسمَّى فاعلاً، كالآكلِ والضارب، والقائم، والقاعد، ونحوه.

و[في] الشرع: لو قال لعبده: إن بعتك فأنت حرٌّ، فقال له المشتري: بعني، فقال: بعتك، لم يعتق.

[و][1]لأنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل الخيار إلى التفرقِ، وهذا لا يكون من المتساومين.

وجواب آخر، وهو: أنا لو سلَّمنا لهم: أنَّا نحمل الخبر على ضرب من المجازِ، فما ذكروه مجاز أيضاً؛ لأنَّهم يحملون الخبر على بائع تقدَّم منه الإيجاب، ومبتاع لم يوجدْ منه القبول، وبائع ليس في مقابلته مبتاع، فما ذكرنا فيه مجاز من وجه، وما ذكروه فيه مجاز من وجوه، وحمل الخبر على ما ذكرنا أولى من وجوه:

أحدها: أنَّ الحالةَ الَّتي تحملون الخبر عليها [ما] فيها[2] ثابت بالإجماعِ، فلا يفيد حمل الخبر عليه.

ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل لهما الخيار على جهة واحدة، فاقتضى تساويهما فيه، وإن يثبت لأحدهما فيه مثل ما ثبت للآخر، وعلى ما ذكروه ثبت للبائع خيار الفسخ، وللمبتاع خيار الإمضاء والقبول، وهما مختلفان.

ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ أثبت لهما الخيار بالتبايعِ، وعلى قولهم يُقطَعُ الخيار بالتبايعِ.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٢) في «ت»: «فلها».

ولأنَّ الراويَ للخبر فسَّره بما ذكرنا؛ ففي حديث ابن عمر: أنَّه كان إذا أراد أن يوجب البيع مشى قليلاً.

وعن أبي بَرْزَةَ: أنَّ رجلين تخاصما إلى النَّبيِّ ﷺ، وكانا قد تبايعا فرساً، وأقاما يوماً وليلة، فقال: سمعت النَّبيَّ ﷺ يقول: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»، وما أراكما تفرَّقتما، فجعل له الفسخ[1].

والراوي أعرف بمعنى الحديث، فالمصير إلى قوله أولى.

فإن قيل: يحمل قوله: «مَا لَمْ يَتَفَرَّقا» على الافتراقِ بالأقوالِ.

ومعناه: إذا قال: بعتك، فله أن يرجع فيه ما لم يقل المشتري: قد قبلت، وكذلك المشتري بالخيارِ قبل أن يقول: اشتريت؛ بين أن يقيله، وبين أن لا يقيله، فإذا قال: قبلت، فقد فارقه بالقولِ، فبطل خيار البائع في الرجوعِ، وخيار المشتري في الردِّ.

والتفرُّق يحصل بالأقوال، قال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾[البينة: ٤]، وأرد به: التفرق بالقول.

ويقال: اجتمع القوم على كذا، وهم حضور في المجلسِ.

قال: ويدلُّ على أنَّه لم يرد التفرُّق بالأبدانِ ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[2].

فلو كان المراد ما ذهبتم إليه لما كان لقوله: «خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) تقدم تخريجه.

معنى؛ لأنَّ الاستقالة لا تكون إلا في البيعِ الَّذي لا خيارَ فيه لواحد منه[م]ا، فأمَّا إذا كان فيه خيار، فلكلٍّ واحد منهما أن يفسخه، ولا يحتاج إلى أن يستقيلَ صاحبه.

قيل له: لا يصحُّ حمله على التفرُّق بالأقوال من وجوه:

أحدها: أن حقيقة التفرق بالبدنِ دون القول؛ لأنَّ التفرقَ هو تباعد الأجسام، والاجتماع تقاربها.

والثَّاني: أنَّ بوجود الإيجاب والقبول فهي حالة اجتماع؛ لأنَّهما قبل ذلك يختلفان في الثمنِ والمثمن، ثمَّ يجتمعان عليه، وينعقد البيع، فلا يصحُّ أن يحمل هذا [. . . .][1] على التفرقِ.

والثالث: في حديث ابن عمر في ما رواه أبو بكر في كتاب «الشافي»: «وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايعَا، وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنهُمَا البَيعَ، فَقَدْ وَجَبَ البَيعُ»[2].

ولا يكون التفرُّق بعد التبايع إلا بالبدنِ.

وروى أبو بكر النيسابوري بإسناده عن ابنِ عمر[و]: سمعت النَّبيَّ ﷺ يقول: «أَيُّمَا رَجُلٍ ابْتَاعَ مِنْ رَجُلٍ بَيعَةً فإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالخِيَارِ حتَّى يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا»[3].

وهذا نصٌّ في فرقة الأبدان.

---

(١) بياض في «ت» بمقدار كلمة.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ورواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٠).

وفي حديث عمرو بن شعيب: «وَلا يَحِلُّ لَـهُ أَنْ يُفَارِقَـهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ».

وهذا لا يحتمل المفارقة بالقول؛ لأنَّه تجوز له المفارقة بالقولِ.

ولأنَّ ابن عمر حمل الافتراق على الأبدانِ، وكذلك أبـو بَرْزَةَ من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

فأمَّا قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾[البينة: ٤]، فلا يمتنع أن يكون المراد به الأبدان؛ لأنَّهم لمَّا اختلفت اعتقاداتهم افترقوا بأبدانهم، واجتمع كلُّ فريق منهم، وفارقوا مخالفيهم، ولو كان المراد بـه الافتراق بالأقوالِ فهو مجاز.

وكذلك قوله: افترق النَّاس على كذا، ويراد بـه الأقوال على طريق المجاز، والحقيقة ما ذكرنا من أنَّ التفرق هو تباعد الأجسام، والاجتماع تقاربها.

وأمَّا قوله: «وَلا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَـهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»، فقد جعلنـاه حجَّة لنا من جهة أنَّه لو كان المراد به الأقوال لم يمنعه من التفرُّقِ خشية الإقالة؛ لأنَّه يجوز[1] له ذلك بالأقوالِ، فعُلِمَ أنَّ المرادَ به الأبدان.

وقولهم: (إنَّ الإقالةَ لا تكون إلا في البيعِ الَّذي لا خيارَ فيه لواحد منهما، فأمَّا الَّذي فيه الخيار، فلا يحتاج فيه إلى إقالة) فغير صحيح؛ لأنَّ

---

(١) في «م» و«ت»: «لا يجوز»، وقـد ذكر قبل أسطر: أنَّه تجوز له المفارقة بالقولِ.

فسخ العقد بالخيارِ استقالة في المبيعِ لا[1] بالخيار.

على أنَّ المـرادَ بهذا: أنَّـه لا يحل لـه أن يفارق صاحبـه خشية أن يفاسخه بما يثبت له من خيار المجلس، فعبَّر عن الفسخِ بالاستقالة؛ لأنَّ الإقالةَ فسخ.

الدَّليل على ذلك شيئان:

أحدهما: أنَّه ذكر في الخبرِ أمراً يقتضي أن تنقطع الإقالـة بالتفرُّقِ، والإقالة لا تفوت بالتفرُّق.

والثَّاني: أنَّه نهى عن المفارقةِ خوف الاستقالة، وحرَّم ذلك، والتفرُّق خوف الاستقالة غير محرم؛ لأنَّ الإقالةَ غير واجبة، وإنَّما المنهي عنه هو المفارقة عن المجلسِ خوف الفسخ لحقِّ الخيار؛ لأنَّه منهي عن أن يفارق صاحبه بغير إذنه ورضائه؛ ليلزم العقد بذلك، فثبت أنَّ المرادَ به ما ذكرنا.

ووجه آخر من الاحتجاجِ بالخبـرِ، وهـو: قولـه ﷺ: «المُتَبَايِعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إلا بَيْعَ الخِيَار»[2].

والمراد به: البيع الَّذي قطع الخيار فيـه؛ لأنَّ الاستثناء ضدُّ المستثنى منه، والمستثنى منه هو إثبات الخيار، وكان الاستثناء ضده، وهو قطع الخيار، وإذا ثبت أنَّ المرادَ بذلك قطع الخيار، ثبت أنَّ الخيارَ ثابت لهما بعد التبايع إلى أن يقطعاه.

---

(١) في «ت» و«م»: «لكن».

(٢) تقدم تخريجه.

فإن قيل: المتبايع[1] اسم الفاعل، وقوله: «إلا بَيْعَ الخِيَار» مصدر، ولم يتقدَّم ذكر مصدر حتَّى يخرج بعضه بالاستثناءِ، فكان هذا الاستثناء منقطعاً؛ بمعنى: لكن، فلا يلزم أن يكون إثباتاً من نفي، أو نفياً من إثبات؛ لأنَّ هذا يكون في الاستثناءِ الصَّحيح، فأما المنقطع فالَّذي يلزم فيه: أن يخالف الأوَّل ضرباً من الخلافِ، فتقدير الخلاف: كلُّ متبايعين؛ أي: كل متشاغلين بالبيعِ، فلا بيعَ بينهما حتَّى يفترقا، لكن بيع الخيار - وإن افترقا - لم يتم البيع بينهما.

فنكون قد أثبتنا الخلاف من وجه، وحملنا قوله: «إلا بَيْعَ الخِيَار» على[2] البيعِ المشروط فيه الخيار، وهذا هو المفهوم من الخيارِ في الشرع.

قيل له: أمَّا قولك: (إنَّ المتبايع[3] اسم الفاعل) [فـ]ـصحيح، إلا أنَّه يتضمَّن وجود الفعل منهما حتَّى يتصفا به، وإنَّما يحصل ذلك بالإيجابِ والقبول.

وقولك: (إلا) مصدر[4]، فلا يضرُّ؛ لأنَّ موضوعها في اللغة الاستثناء، فالظاهر يقتضي أن له الخيار إلا أن يشترطا قطعه؛ لأنَّه استثناء من إثبات، فكان نفياً.

---

(١) في «م» و«ت»: «التبايع».

(٢) في «م» و«ت»: «في».

(٣) في «م» و«ت»: «التبايع».

(٤) إنما المصدر الذي أشير إليه في كلام المخالف هو كلمة (بيع)، وكلام المصنف يوحي بأنه يسلِّم أن (إلا) مصدر، وفي هذا ما فيه، فتنبَّه.

وقـولهم: (نحملـه على الاستثناءِ المنقطـع) لا يمكن؛ لأنَّ (إلا) موضوعة للاستثناء الحقيقي.

على أنَّه لو حمل على المنقطـعِ لم يضرَّ؛ لأنَّـه لابـدَّ من حصول الخلاف بين [المستثنى و]المستثنى منه.

وقولهم: إنَّـه قد يحصل ضربٌ[1] من الخلافِ، فإنَّما يحصل ذلك على ما قالوه من المتساومينِ، وقد بيَّنَّا فساد ذلك، وأنَّه لا يمكن حمله على المتساومين.

وأمَّا حمله على خيار الشرط فلا يصح؛ لما بيَّنَّا، وهو: أنَّ الاستثناء ضد المستثنى منه، والمستثنى منـه إثبات الخيار، فكان الاستثناء ضـده، وهو قطع الخيار، وعلى ما ذكروه يكون استثناء إثبات الخيار من إثباته، وهذا لا يصحُّ.

فإن قيل: قوله: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا» غاية، ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها، فصار كالمنطوقِ.

ولأنَّـه قال: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا»، فيتم البيع بينهما إلا بيع الخيار؛ فإنَّهما ـ وإن تفرقا ـ لم يتم البيع بينهما.

قيل له: حكم الغاية إنَّما يُستفادُ من الدليلِ، لا باللَّفظِ، والاستثناء يعود إلى اللَّفظِ دون ما يستفاد منه.

وهذه الطريقة إنَّما تصحُّ على الرِّوايةِ الَّتي تحمل قولـه: «إلا بَيْـعَ

(١) في «م» و«ت»: «ضرباً».

الخِيَار» على قطع الخيار، فأمَّا على الرِّوايةِ الأخرى الَّتي تحمل (إلا) بمعنى الواو، [و][1]أنَّ قوله: «إلا بَيْعَ الخِيَار»؛ معناه: وبيع الخيار، فلا تصح هذه الطريقة، ويكون الاحتجاج بالطريقةِ الأولى من الخبرِ.

والقياس: أنَّـه عقـد يقصد بـه تمليك المال، فلا يلزم بالإيجـابِ والقبول.

دليله: الهبة.

فإن قيل: الهبة عقد تبرُّع، وهي أضعف في إيجاب الملك من البيعِ بدليل: وقوف الملك فيهما على القبض.

قيل لـه: فالصرف والسلم أضعف من البيعِ بدليل: أن لزومهما يقف على القبضِ، ومع هذا لا خيارَ فيهما عندك.

ولأنَّ قبول المشتري هو قول أحد المتبايعين، فوجـب أن يتعقبـه الخيار.

أصله: إيجاب البائع؛ لأنَّه إذا قال: بعتك كذا؛ فإنَّه بالخيارِ؛ إن شاء قال: رجعت فيه وفسخته، وإن شاء أقام.

وإن شئت قلت: أحد طرفي البيع، فوجب أن يتعقبه الخيار.

دليله: ما ذكرنا.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّـه لم يُوجَدْ العقد، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ العقدَ قد وُجِدَ، فجاز أن يلزم.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

قيل له: فالهبة إذا وُجِدَ فيها الإيجاب والقبول، [فـ]ـقد وُجِدَ العقد، ولا يلزم.

ولأنَّه إن لزم فهو في حكم ما لم يلزمْ بدليل: أنَّها حالَّـةٌ، كقبض رأس مال السلم، وعوض الصرف.

ولأنَّ عقيبَ العقد زمانٌ يصحُّ قبض رأس مال السَّلم فيـه، أو قبض عِوَضَي الصَّرف، فوجب أن يثبت فيه الخيار.

دليله: عقيب الإيجاب.

فإن قيـل: عقيـب الإيجاب ليس بزمان لقبض[1] رأس مال السلم والصرف؛ لأنَّ العقد لم يُوجَدْ، فيقبض عوضه.

قيل: لم نقل: (زمان يجـب قبض رأس المال فيـه) حتى تحصل الممانعة، وإنما قلنا: (يصح) وهذا مسلم.

وعلى أنَّه إن لم يُوجَدْ كماله فقد وُجِدَ طرفـه، فجاز أن يُجعَلَ في هذا الحكم بمنزلة وجوده، ألا ترى أنَّ من باع شيئاً بشرط رهن أو ضمين صحَّ، ولم يجـز أن يُقالَ: (إنَّ الرهنَ والضمين لا يصحُّ في هذه الحالة؛ لأنَّها وثائق، فيجب أن يُتَوثَّقَ[2] بها بعد ثبوت الحق)، كذلك هاهنا.

ولأنَّ البيعَ نوع معاوضة محضة، فوجب أن يلحقها الفسخ مـع

---

(١) في «م» و«ت»: «القبض».

(٢) في «م» و«ت»: «يوتثق».

الإطلاق والسَّلامة من وجهين، كالصرفِ يلحقه الفسخ من وجهين:

أحدهما: تلف المبيع قبل قبضه.

والثَّاني: التفرق قبل [القبض].

كذلك غيره من بيوع الأعيان وجب أن يلحقه الفسخ من وجهين:

أحدهما: تلف المبيع قبل القبض.

والثاني: ما نقوله من الفسخِ بحقٍّ خيار المجلس.

فإن قيل: نقول بموجبه في خيار الرؤية؛ فإنَّ الفسخَ يثبت به في الأعيانِ الغائبة وبتلف المبيع.

قيل له: نصبنا التعليل لنفي اللزوم في جميع هذا النوع مع الإطلاق والسلامة، وأنت تقول بموجبه في بعض النوع.

فإن قيل: نقلبه، فنقول: وجب أن لا يتعلَّق لزومه بالافتراقِ.

دليله: الصرف.

قيل له: الصرف يتعلَّق لزومه بالافتراقِ على إحدى الرِّوايتين.

وعلى أنَّا نقول بموجب القلب، وهو أنَّـه لا يتعلَّق لزومـه بالافتراقِ وحده حتَّى ينضمَّ إليه اختيار العاقد؛ لأنَّـه لو هرب أحدهما من صاحبه، أو فسخ في المجلسِ، ثمَّ تفرقا، لم يلزمْ.

وأيضاً فإنَّ الخيارَ على ضربين:

خيار يتعلَّق بزمان ومدة.

وخيار[1] يتعلَّق بفقد الصفات.

ثمَّ الخيار المتعلق بالصفاتِ على ضربين:

منه ما يستفاد بالشرعِ.

[ومنه ما يستفاد بالشرطِ][2]، وهو إذا اشترى جارية على أنَّها جعدة، فخرجت سَبْطَة، أو على أنَّها بِكرٌ، فخرجت ثيِّباً، فله الخيار، وإنَّما يستفاد ذلك بالشَّرط؛ لأنَّ بالإطلاقِ لا يستفيده.

كذلك الخيار المتعلق بالمدةِ، وجب أن يكون منه ما يستفاد بالشَّرطِ، وهو خيار الثلاث، ومنه ما يستفاد بالشرعِ، وليس كذلك إلا خيار المجلس.

وتحرير هذا المعنى: أنَّه[3] أحد نوعي الخيار، فوجب أن ينقسم شرعاً وشرطاً، كالخيارِ المتعلق بفقد الصفات، ولا يمكنهم القول بموجب ذلك في إثبات خيار الرؤية في الأعيانِ الغائبة؛ لأنَّ ذلك لم يتعلَّقْ بمدة وزمان، وإنَّما يتعلَّق بالرؤيةِ أو باختيار الفسخ قبلها من غير اعتبار مضيٍّ مدة، وخيار المجلس متعلِّق بمدة، وهو وقت مقامهما في مجلس التبايع.

واحتجَّ المخالف بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[النساء: ٢٩].

---

(١) في «م» و«ت»: «زمان».

(٢) في الكلام نقص واضح في «م» و«ت»، ولعلَّ ما أُضيف يقومه.

(٣) في «م» و«ت»: «لأنَّه».

وظاهره يقتضي إباحة الأكل، وإن كانا في مجلسهما ذلك، وعندكم ليس له أن يأكله ما لم يتفرَّقا.

والجواب: أنَّ الآيةَ قُصِدَ بها الفرق بين الأكـل بالتجارةِ والأكل بالباطلِ في الجملة.

وعلى أنَّا نحمل ذلك على ما بعد القبض.

واحتجَّ بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[البقرة: ٢٨٢]، فأمر بالإشهادِ على البيعِ توثُّقاً، فلو كان الاستحقاق لا يتعلَّق به حتَّى يفترَّقا لأمر بالإشهادِ على البيعِ عند التفرُّق في الحالِ الَّذي يصحُّ أن تؤخذ الوثيقة.

والجواب: أنَّ الآيةَ قُصِدَ بها حصول الوثيقـة في الجملةِ خوفاً أن يتجاحدَ التبايع بعد التفرق، وقـد يختلفان في الثمنِ والمثمن، فتكـون الشهادة وثيقـة بذلك، وثبـوت الخيار لا ينفي حصول الوثيقة، كثبوت خيار الثلاث.

واحتجَّ بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّـه نهى عن بيع الطَّعام حتَّى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري[1].

وهذا يقتضي أنَّـه إذا جرى الصاعـان جاز بيـع المُشترَى، وإن لم يتفرَّقا.

والجواب: أنَّه محمول على ما بعد القبض.

وهكذا الجواب عن قول النَّبيِّ ﷺ: «لا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدهُ إلا أَنْ

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٢٢٨) من حديث جابر رضي الله عنه.

يَجِدَهُ مَمْلُوكاً، فَيَشْتَرِيَهُ، فَيُعْتِقَهُ»[1]؛ أي: يعتق عليه.

وظاهره يقتضي بعتق بنفس الشراء، وإن لم يوجد الافتراق، وهو محمول على ما بعد التفرق.

واحتجَّ بما رُوِيَ عن عمرَ ـ كرَّم الله وجهه ـ أنَّه قال: إنَّ النَّاسَ قائلون غداً: ماذا قال عمر؟ ألا إنَّ البيعَ صفقة، أو خيار[2].

فجعل البيع على ضربين:

بيع خيار.

وبيع صفقة.

وعندكم البيع كلُّه ضرب واحد، وهو بيع خيار.

والجواب: أنَّ أحمد روى عن منصور بن سلمة الخُزاعيِّ، عن موسى بن أعين، عن مُطرِّف بن طريف، عن عامر، عن عمر قال: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[3].

ذكره عبدالله في «مسائله».

وهذا يدلُّ على أنَّ قول عمرَ مثلُ قولنا.

وعلى أنَّ قوله: (صفقة، أو خيار)؛ معناه: صفقة وخيار؛ لأنَّ العربَ تعطف بـ (أو) كما تعطف بالواو:

---

(١) رواه مسلم (١٥١٠)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) انظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٥/ ٢٧٢).

(٣) وانظر: «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٤/ ٢٨٠).

قال تعالى: ﴿إِلَىٰ مِائَةِ أَلْفٍ أَوْ يَزِيدُونَ﴾[الصافات: ١٤٧]، ومعناه: ويزيدون.

وقال: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾[الإنسان: ٢٤].

وقال: ﴿عُذْرًا أَوْ نُذْرًا﴾[المرسلات: ٦].

وعلى أنَّا قد روينا ذلك عن عثمان وابن عمر وأبي بَرْزَةَ[1]؛ اعتبار الخيار بالمجلس.

واحتج بأنَّه عقد من العقود فوجب أن لا يثبتَ فيه خيار المجلس.

دليله: النكاح، والخلع، والعتق على مال، والكتابة.

والجواب: أنَّ المعنى في تلك العقود: أنَّه لا يثبت فيها خيار الشرط مع جواز التفرُّق فيها قبل التقابض، وإمكان رد المعقود عليه على صفته، ويثبت ذلك في البيع، فإذا افترقا في خيار الشرط من هذا الوجه، جاز أن يفترقا[2] في خيار المجلس.

ولا يلزم على علَّة الأصل الصرفُ والسلمُ؛ لأنَّه لا يثبت فيهما خيار الشَّرط، ويثبت خيار المجلس على إحدى الروايتين؛ لأن هناك لا يجوز التفرق فيهما قبل التقابض، وهاهنا يجوز.

وكذلك لا يلزم عقد الإجارة؛ أنَّه لا يثبت فيها خيار الشرط على أحد الوجهين، ويثبت خيار المجلس؛ لأنَّه لا يمكن رد المعقود عليه

(١) في «م» و«ت»: «وابن بردة».

(٢) في «ت»: «يفترقان».

على صفته، وإنَّما يرد بعضه؛ لأنَّ بمضي الزَّمان تتلف المنافع المعقود عليها، وزمانُ المجلس يسيرٌ يجري فيه العفو والمسامحة.

وجواب آخر، وهو: أنَّ القصدَ من النكاحِ أعيان المتناكحين دون المال، ألا تراه يصحُّ مع عدم ذكر المال، ولا يصحُّ مع عدم ذكر أعيان المتناكحين حال التوكيل فيه، والبيع لا يصحُّ مع عدم ذكر المال، ويصحُّ مع عدم ذكر أعيان المتبايعين، فإذا كان كذلك، فالخيارُ إنَّما يثبت في ما يُقصَد منه المال دون ما لا يُقصَد ذلك منه.

فإن قيل: فيجب أن لا يثبت الخيار في عقد النكاح بالعيبِ.

قيل له: لم يثبتْ لعدم المال، لكن ثبت لفوات المقصود، وهو الاستمتاع.

وأمَّا الكتابة فلا فائدة في إثبات الخيار فيها؛ لأنَّ السيِّد لا حظَّ له فيها، والعبد له الخيار على التأبيد؛ لأنَّه يُعجِّز نفسه متى شاء، وفي ثبوت الخيار في البيع فائدة؛ لينظر المبتاع ما ابتاعه، ويتأمَّله، ويستدرك حقه فيه.

وأمَّا الخلع فيفارق البيع؛ لأنَّه لا يدخله خيار الشرط، ولا خيار الرؤية عندك، ولا خيار فقد التعيين، ولا خيار الإقالة، والبيع بخلاف ذلك.

واحتجَّ بأنَّه بيع لم يشترط فيه خيار، وقد حصل برضا المالك، فوجب أن يجوز تصرف المشتري فيه بعد القبض.

دليله: بعد الافتراق.

والجواب: أنَّه يبطل ببيوع الأعيان الغائبة؛ فإنَّه يشرط فيها خيار، وقد حصلت برضا المالك، وفيها الخيار عندهم.

وعلى أنَّه لا يجوز اعتبار ما قبل التفرق بما بعده، كما لا يجوز ذلك في قبض رأس المال في السَّلمِ، وقبض العوضين في الصرفِ.

واحتجَّ بأنَّه نوع خيار لا يثبت بعد المجلس، فلا يثبت في حال مجلس في فسخ البيع.

دليله: خيار المعاينة في ما اشتراه من المصر، وعكسه: خيار الردِّ بالعيب، وخيار الشَّرط؛ لما ثبت بعد المجلس ثبت في المجلس.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم هذا الأصل؛ لأنَّ عندنا أن خيار المعاينة في ما يخرج عن العادةِ ثابت في المجلسِ وبعد المجلس.

على أنا قد بيَّنَّا: أنَّه لا يجوز اعتبار المجلس بما بعده.

واحتجَّ بأنَّه عقد صحيح فيه الإيجاب والقبول، فلا يقف تمامه على الافتراقِ، كالهبة.

والجواب: أنا قد جعلنا الهبة حجة لنا، وأنَّها لا تلزم بمجرَّد العقد، ثمَّ الهبة لا فائدة في إثبات الخيار فيها؛ لأنَّ الواهب لا حظَّ له فيها، والموهوب له الخيار على التأبيد.

واحتجَّ بأنَّ زمان المجلس مجهول، والخيار المجهول لا يثبت في البيع، كما لو شرطا خياراً مجهولاً.

والجواب: أنا قد حكينا كلام أحمد في رواية ابن منصور جواز

ذلك، وحكينا خلافه، وهو الصَّحيح، وكان المعنى فيه: أنَّه زمان يسير، فعُفِيَ عن الجهالةِ فيه.

وعلى أنَّ هذا يبطل بخيار الرؤية.

ولأنَّ ذلك الخيار ثبت شرطاً، فجاز أن تنافيه الجهالة، وهذا الخيار ثبت[1]، فجاز أن يثبت مع الجهالة، كما قالوا في خيار الرؤية، وكما قلنا في خيار الردِّ بالعيب؛ لأنَّ مدَّته غير معلومة.

ويبيِّن صحَّة هذا، وأنَّه فرقٌ بين المدة الَّتي تثبت بالشَّرطِ، والَّتي تثبت بالإطلاقِ في باب الجهالة: أنَّ مدة قبض المسلم فيه لما استفيد[ت] بالشَّرطِ، لم يصحَّ أن تكون مجهولة، ومدة قبض الأعيان المبيعة لمَّا لم تكنْ متعلقة بالشَّرطِ، صحَّ أن تكون مجهولة.

واحتجَّ بأنَّه لو خيَّر أحدهما صاحبه في المجلسِ، فاختار، لزم البيع، أو تعاقدا على أن لا خيارَ لهما، لزم البيع، ودخولهما في البيعِ رضاً بالبيعِ يوجب أن يكون لازماً.

والجواب: أنَّ الروايةَ[2] مختلفة عن أحمد في ذلك:

فروى الأثرم وإبراهيم بن الحارثِ: لا ينقطع خيارهما، وإن شرطا قطعه حال العقد، أو في المجلسِ، كما لو شرطا قطع الشفعة، أو باعه بشرط البراءة.

---

(١) أي: ثبت مطلقاً بإثبات الشرع له.

(٢) في «م» و«ت»: «الرؤيةَ».

ونقل الميموني وحرب: ينقطع الخيار، وهو ظاهر الحديث.

فعلى هذا: إنَّ الرِّضا بالبيعِ بعد ثبوت الخيار مخالفٌ له قبل ثبوته، ألا ترى أنَّ رضا الشفيع بالشراء لا يسقط حقَّه من الشفعةِ، ورضاه بعده يسقط حقه منها؟

وعلى أنَّ ذلك الرضا لا يسقط الخيار ما ثبت لفظ، ألا ترى أنَّهما لو أقاما بعد العقد مدة طويلة، ولم يتلفَّظا بشيء، لم ينقطعْ خيارهما؟ وهذا المعنى معدوم حال العقد؛ لأنَّـه إنَّما يُوجَدُ الرِّضا من طريق الاستدلال، لا من طريق اللَّفظ.

واحتجَّ بأنَّ التفرُّقَ بالبدن لو كان شرطاً في لزوم البيع، لكان الوالـد إذا باع من ولـده الصغيـر[1] مـال نفسه، أو باع من نفسـه مـال ولـده؛ أن لا يلزم أبداً؛ لأنَّ التفرقَ لا يحصل.

والجواب: أنَّه يحتمل أن نقول: يلزم باختيار اللزوم؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يُخَيِّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ»[2].

والتفرُّق هاهنا متعذِّر، واختيار اللزوم ممكن، فإذا اختار اللزوم لزم.

ويحتمل أن نقول: يلزم بمفارقـة مجلس العقد؛ لتعذُّر اعتبار التفرُّق بالبدنِ، وإذا أمكن اعتبار التفرُّق بالبدنِ وجب اعتباره بالسنة.

* * *

---

(١) في «ت»: «الصغر».

(٢) تقدم تخريجه.

## ٢٤٩ ـ مَسْأَلَةٌ

**لا ينقطع خيار المجلس بالتخايرِ، وسواء تخايرا في نفس العقد؛ فتعاقدا على أن لا خيارَ بينهما، أو تخايرا بعد العقد في المجلسِ في أصحِّ الرِّوايتين:**

نقلها الجماعة؛ منهم الأثرم، وإسحاق بن إبراهيم، والمَرُّوذِيُّ، وغيرهم: إذا تخايرا في المجلسِ قبل التفرُّق لم ينقطع الخيار.

وهذا منه تنبيهٌ على أنَّه إذا كان في حال العقد أولى أن لا ينقطعَ الخيار؛ لأنَّ ما بعد العقد قد ثبت ملك كلٍّ واحد منهما على الخيارِ، وحال العقد ما ثبت.

ونقل الميموني عنه: إذا تخايرا حال العقد انقطع الخيار.

قال أبو بكر: وتابعه حرب.

وهذا أيضاً تنبيهٌ على ما بعد العقد؛ لأن حالة العقد أضعف، وقد قطع الخيار بينهما.

وقال أصحاب الشافعي: إن تخايرا بعد العقد في حالة المجلس انقطع الخيار، وإن تخايرا في حالة العقد، فعلى قولين؛ أصحهما: أنَّه لا ينقطع الخيار.

فالدَّلالة على أنَّ الخيارَ لا ينقطع في الحالين: ما احتجَّ به أحمد من حديث سَمُرَةَ وحكيم بن حِزامٍ وأبي[1] بَرزةَ الأسلمي: «البيِّعَانِ بِالخِيَارِ

(١) في «م» و«ت»: «وأبو».

مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» و«حتى يَتَفَرَّقَا»[1].

وهذا عام فيه إذا وُجِدَ منهما تخايرٌ، أو لم يُوجدْ، فهو على العمومِ.

ولأنَّهما لم يتفرَّقا في مجلس العقد، أشبه إذا لم يتخايرا.

ولأنَّه خيار ثبت بالعقدِ، فلم يصحَّ قطعه حال العقد.

دليله: خيار الشفيع، وخيار الرد بالعيبِ.

ولأنَّ حالة المجلس تجري [مجرى] حالة العقد بدليل: أنَّها حالة لقبضِ رأس مال السلم، وثمن الصرف، لم يثبتْ أنَّه لا يصحُّ التخاير حالة العقد على القولِ الصَّحيح، كذلك في حالة المجلس.

فإن قيل: حالة العقد أسقط الخيار قبل وجوبه، وبعد العقد أسقطه بعد وجوبه.

قيل: قد بيَّنَّا أنَّ حالة المجلس قد أُجرِيتْ مجرى حالة العقد.

فإن قيل: حالة العقد لا يسقط فيها خيار الشفعة وخيار الردِّ بالعيبِ، وحالة المجلس يسقط فيهما ذلك، كذلك هاهنا.

قيل: خيار الشفعة والعيب لا يبطل بالتفرُّقِ، وهذا يبطل بالتفرُّقِ، فلا يبطل بالتخايرِ، كخيار الإيجاب.

ولأنَّه خيار يبطل بالتفرقِ، فلا يبطل بالتخايرِ.

---

(١) تقدم تخريجه.

دليله: خيار الإيجاب في البيعِ، وفي الإقالة، وذلك أنَّه إذا قال: بعتك، فَقَبْلَ أن يُوجَدَ القَبولُ من المشتري البائعُ بالخيارِ في الرجوعِ في هذا الإيجاب، ولو أسقطه في المجلسِ لم يسقطْ، وكذلك الإقالة.

واحتجَّ المخالف بما روى ابن عمرَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «كُلُّ بَيِّعَينِ فَأَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بالخِيَارِ حتَّى يَتفرَّقَا، أوْ يَكُونَ خِيَارٌ»[1].

وفي لفظ آخر: «كُلُّ بَيِّعَينِ لا بَيعَ بَينَهُمَا حتَّى يَتفَرَّقَا، أوْ يَقولَ لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»[2].

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «البَائِعُ وَالمُبْتَاعُ بِالخِيَارِ حتَّى يَتفَرَّقَا إلا أنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ»[3].

والجواب عن قوله: «إلا بَيْعَ الخِيارِ» أو «أنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ»، فيحتمل [أن تكون] (إلا) بمعنى الواو، [و][4]تقديره: المتبايعين بالخيار مالم يتفرقا، وبيع الخيار ـ أيضاً ـ ما لم يتفرقا.

ويكون القصد بذلك إزالة الإشكال؛ لئلا يظنَّ ظانٌّ أن شرط ذلك يقطع الخيار.

وهذا شائع في اللغة: قال تعالى: ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟﴾[البقرة: ١٥٠]؛ معناه: والَّذين ظلموا.

ونهى النَّبيُّ ﷺ عن بيع الكلب إلا المُعلَّم؛ معناه: والمعلم.

كذلك هاهنا.

وأمَّا قوله: «حتَّى يَتفرَّقَا، أوْ يَقولَ لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»؛ معناه: وإن كان خيار، وإن قال لصاحبه: اختر، كما قال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰٓ﴾[النساء: ١٠٢]، ومعناه: وإن كنتم مرضى.

وكما قال تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾[البقرة: ٢٨٦]؛ معناه: وإن أخطأنا.

وجواب آخر، وهو: يحتمل أن يكون قوله: «إلا بَيْعَ الخِيارِ» من كلام الراوي، وكذلك قوله: «حتَّى يَتفرَّقَا، أوْ يَكُونَ خِيَارٌ» أوْ «يَقولَ لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»، كما رُوِيَ عن قتادة، عن الحسن، عن عقبة بن عامر، عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاَثَةُ أَيَّامٍ». إنْ وجدَ [د]اءً فِي الثلاثِ رَدَّ بغير بيِّنة، وإن وجد [داءً] بعد الثلاث كُلِّفَ البيِّنة: أنَّه اشتراه وبه داء[1].

والكلام الآخر من عند قوله: (إن وجد داء)[2] من كلام قتادة.

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٤/ ١٥٢)، وأبو داود (٣٥٠٦ ـ ٣٦٠٧)، وابن ماجه (٢٢٤٤)، وهذا لفظ وزيادة أبي داود.

(٢) في «ت»: «وإن حددا».

واحتجَّ المخالف بأنَّ الخيار غرر، فإذا جاز العقد مع الغرر، كان مع فقده أجوز، ومن الفساد أبعد.

والجواب: أنَّه يبطل بعقد الكتابة؛ يجوز مع الأجل، وهو غرر، ولا يجوز مع فقده.

واحتجَّ بأنَّ الخيار من مصلحة العقد، كالرهن والضمان، ثم ثبت أنَّه لو عري عن الرهن والضمين صحَّ، كذلك إذا عري عن الخيار.

والجواب: أنَّ الرهنَ والضمين يثبت بالشرطِ، وخيار المجلس من موجب العقد ومقتضاه، فإذا شرط قطعه لم يصحَّ.

واحتجَّ بأنَّه أسقط الخيار بعد وجوبه؛ يعني بذلك: إذا كان بعد العقد، فصحَّ.

دليله: خيار الشُّفعة، والردِّ بالعيبِ، وخيار المخيَّرة، وخيار القَبول.

والجواب: أنَّا قد جعلنا ذلك حجَّة لنا، وهو أنَّه إذا شرط قطع ذلك حال العقد لم يسقط، يجب إذا شرط قطع خيار المجلس حال العقد أن لا يسقط، وعندهم يسقط على أحد القولين.

وعلى أنَّ خيار الشُّفعة والردِّ بالعيبِ لا يبطل بالتفرُّقِ، وهذا يبطل بالتفرقِ، فهو كخيار الإيجاب.

وعلى أنَّ تلك الخيارات لا يقف إبطالها على التفرُّقِ بالأبدان، بل تبطل إذا أخذ في حديث آخر، فإذا قطع خياره، فقد أخذا في حديث آخر، وهذا الخيار يقف على التفرُّقِ بالأبدان، فهو آكد.

## ٢٥٠ ـ مَسْأَلَةٌ

**ينتقلُ الملكُ في بيـع الخيـار بنفس العقـد سواء في ذلك خيار المجلسِ، أو خيار الشَّرط:**

ذكره الخرقي في كتاب «الزَّكاة» فقال: والماشية إذا بيعت بالخيار، فلم ينقضِ الخيار حتَّى رُدَّت، استقبلَ البائـع بها حولاً؛ سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري؛ لأنَّه تجديد ملك.

وقد أومأ إليه أحمد في روايـة حُبَيشُ بن سِندي في رجل اشترى عبداً، فوُهِبَ للعبد مالٌ قبل أن يفترقـا، واختار البائـع العبد: فهو للمشتري بضمانه.

وهذا يدلُّ على أنَّه كان على ملك المشتري؛ لأنَّه جعل الغلَّة له.

وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للبائع لم يزلْ ملكه عن المبيعِ، وإن كان الخيار للمشتري خرج من ملك البائع، ولم يدخل في ملك المشتري.

وقال مالك: لا ينتقل الملك إلا بانقطاعه سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري.

واختلف قول الشَّافعي على ثلاثة أقاويل:

أحدهما: مثل قولنا، وهو الصحيح.

والثَّاني: مثل قول مالك.

والثالث: هو مراعى؛ فإن لم يفسخا تبيَّنَّا أنَّـه كان مُلِكَ بالبيعِ، وإن فسخا تبيَّنَّا أنَّه لم يكنْ مُلِكَ.

وتبين فائدة الخلاف في من اشترى زوجته على أنَّه بالخيارِ ثلاثة أيَّام؛ عندنا ينفسخ، وعند أبي حنيفة ومن وافقه لا ينفسخ؛ لأنَّه لم يملكها عنده، وعندنا قد ملكها.

وكذلك إذا اشترى أباه أو ابنه على أنَّه بالخيارِ عتق عليه عندنا، وعنده لا يعتق.

فالدلالة على انتقال الملك في الجملةِ: ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْداً ـ وَلَهُ مَالٌ ـ فَمَالُهُ للبَائِعِ، إلا أنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ»[1].

فظاهر هذا: أنَّه بالشَّرطِ يكون للمبتاع؛ سواء كان هناك خيار، أو لم يكن، فهو على العمومِ.

ولأنَّه بيع منعقد، أو بيع صحيح، فوجب أن ينقل الملك.

دليله: إذا شرط فيه خيار الثلاث.

ولا يلزم عليه إذا قال: [إن][2] بعتك عبدي فهو حرٌّ، فباعه؛ أنه يعتق، لا لبقاء الملك، لكن لما نذكره فيما بعد.

فإن قيل: المعنى في الأصل: أن تصرُّف المشتري يجوز فيه بوجود القبض، فدلَّ على أن زوال الملك في مسألتنا لمَّا لم ينفذ تصرُّفه مع وجود القبض المأذون فيه، فدلَّ على أنَّه لم يملكه.

---

(1) رواه البخاري (٢٢٥٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

قيل له: التصرُّف قد يمنع منه [مع][1] تمام الملك؛ لتعلق حق الغير، كالرهن يمنع الراهن من التصرُّف فيـه مع تمام ملكـه عليـه؛ لتعلق حقِّ المرتهن به، وفي مسألتنا حقُّ البائع في الفسخ متعلق به، وفي تصرُّفِ المشتري إسقاطُ هذا الحق.

فإن قيل: يبطل هذا به إذا كان بالعوض عيب؛ فإنَّ حقَّ الفسخ ثابتٌ للبائع، وتصرف المشتري يجوز.

قيل له: تصرُّفه لا يسقط حقَّه من الخيار؛ لأنه يفسخ البيع، ويرجع بقيمة ما خرج من ملكه، وليس كذلك في مسألتنا؛ فإنَّ حقَّه من الخيار يسقط بتصرُّف المشتري، فمُنِعَ منه.

وعلى أنَّا لا نسلِّم هذا على الإطلاق؛ لأن تصرُّف المشتري بالعتق ينفذ رواية واحدة.

وليس لهم أن يقولوا: إنَّ المعنى في الأصلِ: أنَّه بيعٌ لا خيارَ فيه؛ لأنَّا لا نسلِّم هذا؛ لأنَّ فيه خيار المجلس.

وقياس آخر، وهو: أنَّ انقطاع الخيار معنى يستقرُّ بـه العقد، فلم يقف انتقال الملك عليه، كالقبضِ.

ولأنَّه خيار ثابت في بيع، فلا يمنع انتقال الملك.

دليله: خيار العيب.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

فإن قيل: خيار العيب لا يمنع التصرُّف، وكذلك القبض، وهذا بخلافه.

قيل له: قد أجبنا عن هذا.

ولأنَّها معاوضة تقتضي تمليكاً، فانتقل الملك فيها بالعقدِ.

دليله: عقد النكاح.

واحتجَّ المخالف بأنَّ البائعَ لمَّا استثنى الخيار لنفسه علمنا أنَّـه لم يرضَ بخروج الشيء عن ملكه، وعدم الرِّضا يمنع انتقال الملك في البيعِ، ألا ترى أنَّه لو باع مُكرَهاً، أو هزل بالبيعِ، لم يخرج البيع عن ملكه.

والجواب: أنَّا علمنا أنَّـه لم يرضَ بلزوم العقد، ولم نعلم أنَّـه لم يرضَ بزوال الملك وانتقاله، فلا نسلِّم الوصف.

وأمَّا المُكرَهُ فهو غيرُ راضٍ بنفس العقد، ولا سببه، وهاهنا قد رضي بالعقدِ، فلهذا فرَّقنا بينهما.

واحتجَّ بأنَّه لو كان عبداً نفذ عتق البائع فيه، ولو كان شِقْصاً[1] في دار لم تجبْ للشفيع الشُّفعة، فدلَّ على أنَّ خياره يبقي الشيء على[2] ملكه؛ لأنَّه لو لم يكنْ كذلك لما نفذ عتقه، ولوجبت الشُّفعة في الشِّقْصِ.

والجواب: أنَّه لا ينفذ عتق البائع.

نصَّ عليه في رواية ابن القاسم.

---

(١) في «م»: «شقض»، وفي «ت»: «سقط».

(٢) في «م» و«ت»: «عن».

فإن قيل: إن لم تسلِّم العتق المباشر، فإنا نلزم العتق بالصفةِ، وقد نصَّ على وقوع ذلك في رواية الأثرم في رجلين؛ قال أحدهما: إن بعت منك غلامي فهو حرٌّ، وقال الآخر: إن اشتريته فهو حرٌّ، فباعه منه، عتق من مال البائع، قيل له: كيف؟ وإنَّما وجب العتق بعد البيع! فقال: لو وصَّى لرجل بمئة درهم، ومات، يُعطاها، وإن كان وجبت بعد الموت، ولا ملك له، وهذا مثله.

فقد صرَّح: أنَّ العتقَ يقع بعد زوال ملكه، وشبَّهه بالوصيَّة.

قيل له: العتق المعلَّق بالصفةِ وُجِدَ أحد طرفيه في ملك، وهو حين عقد الصفة، والطرف الآخر في غير ملك، فقويت حاله، فنفذ، وفي مسألتنا جميعه يحصل في غير ملك، وفرقٌ بينهما، ألا ترى أنَّه لو أعتق شِقصاً له في عبد سرى إلى حِصَّة شريكه؛ لأنَّ هذا العتق تضمَّن الملكَ ـ وهو حصَّته ـ وغيرَ الملك ـ وهو حصة شريكه ـ ولو أعتق عبداً لا لشريكٍ[1] له لم ينفذ عتقه؛ للمعنى الذي بيَّنَّا.

ويبيِّن صحَّة هذا على أصلنا: لو قال: إن ابتعتُ هذا العبدَ فهو حرٌّ، فابتاعه، عتق؛ لأن أحد طرفي اليمين في ملكه، والطرف الآخر في غير ملك.

وكذلك عندنا، وعندهم: لو قال لأمتِهِ: حملُكِ حرٌّ، وكان في بطنها علقةٌ، عتق، وإن كان حين عقد اليمين لم يكنْ في ملكه، وإنَّما

---

(١) في «ت»: «شريك».

صار في ملكه بعد أن حلَّته الروح.

وأمَّا الشُّفعةُ فلعمري إنَّها لا تثبت.

نصَّ عليه في روايـة حنبل: وقد ذُكِرَ له قول مالك: إنَّ الشفيعَ لا يأخذ الشُّفعة حتَّى يلزم البيع، فقال: وأنا أرى ذلك.

وكان المعنى فيه: أنَّ أخذ الشفعة يُسقِطُ حق البائـع من الخيـار، فلم تجـز المطالبـة بالشُّفعـة؛ لتعلق حـق البائـع بـه، لا لأنَّ الملكَ لم ينتقلْ إلى المشتري.

واحتجَّ بأنَّه إيجاب غير لازم، فلم ينقل الملك قياساً على الإيجابِ إذا لم ينضمَّ إليه القبول.

والجواب: أنَّه يبطل بمن باع ثوباً بعبد، ووجد به عيباً، فله ردُّه، وفسخ البيع، كذلك إذا شرط أنَّ العبدَ صانـع، ولم يكن صانعـاً، فله الخيار، فالإيجابُ غيرُ لازم في هذين، والملك ينتقل.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: أنَّ الإيجابَ لمْ [يضامَّه][1] قبولٌ، وهاهنا قد [ضامَّه][2] قَبولٌ صحيح، فنقل الملك.

واحتجَّ بأنَّه لو زال ملكه لم يكنْ لـه فسخه بغير رضا المشتري، وأنه [لا] يجوز[3] تصرف المشتري.

---

(١) ما بين معكوفتين موضعه بياض في «م».

(٢) ما بين معكوفتين موضعه بياض في «م».

(٣) في «م» و«ت»: «وأنه يجوز».

والجواب: أن ثبوت الفسخ لا يمنع نقل الملك، كما لو ظهر هناك عيبٌ بأحد العوضين بفقد الصفات.

وأمَّا منع المشتري من التصرف[1] فلأجل تعلُّق حقِّ الغيرِ، وهو البائع.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّ الخيارَ إذا كان للمشتري خرج المبيع عن ملك البائع، ودخل في ملك المشتري: ما تقدَّم، ونخصُّ ذلك بأنَّه بيع أزال ملك البائع، فوجب أن يدخل في ملك المشتري.

دليله: إذا لم يكنْ هناك شرط.

ولأنَّه مملوك، فلابدَّ له من مالك، ولمَّا لم يملكه البائع، وجب أن يملكه المشتري.

فإن قيل: إذا اشترى الإمام عبداً لخدمة الكعبة، فإنَّ البائعَ يزول ملكه عنه، ولا يملكه أحد.

وكذلك إذا أوصى لعبده الغائب، ثمَّ مات الموصي، خرج العبد من ملكه، ولم يدخل في ملك الموصى له حتَّى يقبله.

قيل له: أما العبد المشترى لخدمة الكعبة، فإنَّ ملكه لله تعالى، وكذلك ارتفاع الوقف على المساجدِ والجوامع الملك فيها لله تعالى؛ لأنَّ الملكَ في الشريعة ضربان:

---

(١) في «م» و«ت»: «التصرف من المشتري».

أحدهما: لله تعالى.

والآخر: للآدميين.

كما أنَّ الحقوقَ على ضربين:

أحدهما: لله ـ تعالى ـ كحدِّ الزنا، والشرب.

والثَّاني: للآدميين، كالقِصاصِ، وحدِّ القذف.

وعلامة كونه لله ـ تعالى ـ أن يكونَ[1] موكولاً إلى نظر الإمام وولايته دون غيره.

وملك البيع ليس لله تعالى؛ لأنَّه ليس النظرُ فيه موكولاً للإمام، فدلَّ على أنَّه للآدمي، ولا يملكه البائع، ولا غير المشتري من الأجانبِ، فوجب أن يكون للمشتري.

فإن قيل: فجميعُ الأشياء ملك لله تعالى، فلا معنى لتخصيصكم العبد لخدمة الكعبة، والوقف على المسجد.

قيل له: قد بيَّنَّا: أنَّ العلامةَ في ما كان حقّاً لله تعالى: أنَّ الإمامَ يتولى النظرَ فيه.

وأمَّا العبدُ الموصى به لغائب فإنَّ الملكَ فيه مراعى.

فإن قيل: تبيَّنا أنَّه ملكه بالموتِ، وإن لم يقبلْ تبيَّنا أنَّه على ملك الورثة، فلم يخلُ من مالك.

ولأنَّها معاوضة تقضي تمليكاً من الطرفينِ، فإذا زال بها الملك عن

---

(١) في «م» و«ت»: «يكن».

أحد المتعاوضين، وجب أن [لا] يزول عن الآخرِ.

دليله: ملكُ الصَّداقِ في النكاح.

ولأنَّ الخيارَ حقٌّ للمشتري، ودخولُ الشيء في ملكه حقٌّ له أيضاً، ولم نجد في الأصولِ حقاً لإنسان يمنع ثبوت حقٍّ آخر له.

واحتجَّ المخالف بأنَّ المشتريَ إذا كان له الخيار لم يخرج الثمن عن ملكه، فلو قلنا: إنَّ المبيعَ ينتقل إليه، أدَّى إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، وهذا لا يجوز.

والجواب: أنَّه لا يؤدِّي إلى اجتماعهما؛ لأنَّه عندنا يزول ملك المشتري عن الثمنِ، ويملكه[1] البائع، ويزول ملكه عن المبيعِ، ويملكه المشتري، وقد بيَّنَّا هذا في المسألةِ الَّتي قبلها.

وعلى أنَّ هذا يبطل على قولهم بمن غصب مُدبَّراً، فأبق منه، فغرم قيمته للمغصوب منه، [فالمغصوب منه] ملك القيمة، والمُدبَّر باقٍ على ملكه.

وكذلك من ملك عصير العنب، فصار في يده خمراً، فالخمرُ ملكه، فإذا اشترى بها عبداً، وقبضه، فإنَّ العبدَ ملكه والخمر، فاجتمع في ملكه البدل والمبدل.

وكذلك إذا اشترى ثوباً بعبد مُدبَّر، وقبض الثوب، كانا جميعاً في ملكه.

---

(١) في «ت»: «ويملك».

فإن قيل: نحترز من هذا فنقول: يؤدِّي إلى الجمعِ بين البدل والمبدل في ما يصحَّ نقل الملك فيه.

ولا يصحُّ نقل الملك في الخمرِ والمُدبَّرِ.

قيل له: لو كان لا يجوز اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد لوجب[1] أن لا يصحَّ تقويمُ الآبق؛ لأنَّه يؤدِّي إلى اجتماع البدل والمبدل منه في ملك.

واحتجَّ بأنَّ قبول المشتري غير لازم مع سلامة المبيع، فلم يدخل في ملكه، كما لو اشترى عبداً من عبدين على أنَّه بالخيار.

والجواب: أنَّ المبيعَ هناك مجهول، فلم يوجب دخول الملك في ملك المشتري، وهاهنا المبيع صحيح، فإذا زال به الملك عن البائعِ، دخل في ملك المشتري.

دليله: لو لم يكن هناك خيار.

* * *

## ٢٥١ ـ مَسْأَلَةٌ

**فإن أعتقَ البائعُ العبدَ في مُدَّة الخيار، وتَمَّمَ المشتري العقدَ، أو فسخه، لم ينفذْ عتقُهُ:**

نصَّ عليه في رواية ابن القاسم، فقال: إذا أعتقه البائع لم يجز؛

---

(١) في «م» و«ت»: «يوجب».

لأنَّ ملكه قد زال، وإنَّما له فيه حقُّ الخيار.

نقلت هذه الرِّواية من كتاب أبي بكر الخلال من البيوعِ.

وهو اختيار أبي بكر في كتاب «التنبيه» وشيخنا أبي عبدالله.

فإن وطئ البائع الأمةَ قبل الفسخ، فنقل أبو بكر في كتاب «الخلاف» عن أحمد في رواية مهنا: إذا وطئ البائع قبل الافتراق، فعليه الحدُّ إن كان عالماً، وإن وطئها المشتري، فلا حدَّ عليه؛ لأنَّ الملكَ له.

قال الشَّافعي: ينفذ عتقه سواء تمَّم المشتري العقد، أو فسخه.

دليلنا: ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «لا طَلاقَ قَبلَ نِكَاحٍ، وَلا عِتْقَ فيمَا لا يَملِكُ»[1]، وهذا غير مالك، فيجب أن لا ينفذ عتقه.

ولأنَّ ملكه قد زال بالبيع، فلم ينفذ عتقه ابتداءً.

دليله: لو أعتقه بعد انقضاء هذا الخيار.

ولا يلزم عليه إذا قال: إن بعت هذا العبد فهو حرٌّ، فباعه، عتق عليه؛ لقولنا: (فلا ينفذ عتقه ابتداء)، وهناك لم ينفذِ ابتداء، وإنَّما نفذ بالصفةِ المتقدمة[2].

ولأنَّ أكثر ما فيه أنَّه يملك فسخ العقد، والرجوع فيه، وهذا لا يدلُّ على نفوذ العتق بدليل: أنَّه لو وهب لابنه عبداً، وأقبضه، ثمَّ أعتقه بعد ذلك قبل الرجوع في الهبةِ، لم ينفذْ عتقه، وإن كان له فسخ

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٠٤٨) من حديث المسور بن مخرمة.

(٢) في «م»: «المقدمة»، وفي «ت»: «المتقدم».

الهبة، والرجوع فيها.

وكذلك لو باع عبداً بثوب، ووجد بالثوبِ عيباً[1]، فأعتق العبد، لم ينفذْ عتقه، وإن كان له فسخ العقد بالعيبِ الَّذي وجده في الثوبِ، كذلك هاهنا.

وكذلك لو أصدقها عبداً، فأبق العبد قبل الدُّخول، لم ينفذْ عتقه، وإن كان له الرجوع بالطلاقِ قبل الدُّخول، كذلك هاهنا.

وكذلك إذا أفلس المشتري بثمن السلعة، وثبت للبائع حق الفسخ، فأعتق البائع قبل الفسخ لم ينفذْ، كذلك هاهنا.

وقد ذكر لي أبو بكر الشامي: أنَّ لهم في هذه المسائل الثلاث وجهان، إلا أنَّ الصَّحيح: أنَّه مسلم[2]، وأنَّ تصرُّفه لا ينفذ.

وفرَّق بينهما بأنَّ الملكَ مستقرٌّ في هذه المواضع، ألا ترى أنَّ الموهوبَ له والمشتري غير ممنوع من التصرُّفِ؟ وليس كذلك البيع بشرط الخيار؛ لأنَّ ملك المشتري غير مستقرٍّ، ألا تراه يُمنَع من التصرُّفِ بالبيعِ والهبة؟ فلهذا نفذ عتق البائع.

قيل له: منع المشتري من التصرفِ بالبيع والهبة، لا يدلُّ على ضعف ملكه، وإنَّما مُنِعَ لئلا يسقط حقُّ البائع من الفسخ.

يدلُّ على هذا: الراهن ملكه تامٌّ مستقرٌّ على الرهن، وإن كان

---

(١) في «م» و«ت»: «عيب».

(٢) كذا في الأصل.

ممنوعاً من التصرفِ فيه؛ لأجل حقِّ المرتهن في الوثيقةِ، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ له فسخ العقد، والرجوع في العبدِ، فإذا أعتقه دلَّ ذلك على فسخه، فيجب أن ينفذ ذلك.

والجواب: أنَّ له فسخ الهبة على ابنه، وفسخ المبيع إذا وجد بالثوبِ عيباً، ومع هذا لا ينفذ عتقه، كذلك هاهنا.

واحتجَّ بأنَّه لو قال لعبده: إن بعتك فأنت حرٌّ، ثم باعه، نفذ عتقه على البائعِ.

نصَّ عليه في رواية الأثرم ومهنا.

كذلك إذا وجَّهه بالعتقِ يجب أن ينفذ.

والجواب: أنَّه ليس إذا وقع عتقه بالصفةِ، يجب أن يقع عتقه المباشر بدليل: أنَّ المجنونَ يقع عتقه في حال جنونه بالصفةِ المتقدمة في حال إفاقته، ولا يقع طلاقه المباشر في حال جنونه، وكذلك عندهم إذا حلف على زوجته أو على عبده بالطلاقِ والعتاق أن لا يفعل شيئاً، ثمَّ أزال ملكه عنه، وفعل المحلوف عليه، صحَّ وجود الصفة في حال البينونة، وإن لم تنعقدْ منه صفة في تلك الحال، كذلك هاهنا.

وعلى أنَّا أجبنا عنه فيما تقدَّم.

فإن قيل: فما تقولون في تصرُّف البائع بالبيعِ؟ هل ينفذ، ويكون فسخاً للبيع، أم لا؟

قيل: لا ينفذ، ولا يكون فسخاً.

نصَّ عليه أحمد في روايـة إسماعيل بن سعيد في رجل باع ثوباً من رجل، ثمَّ باعه من آخر قبل الافتـراق، ولمَّا يسلِّمه إلى المشتري الأوَّل، واستهلكه البائع: فإنَّه يُؤخَذُ له بالخلاصِ من حيثُ باع، فإن لـم يقدرْ أن يخلصه، فعليـه قيمتـه يوم استهلكـه، فإن كـان ممَّا يُكـال أو يُوزَنُ فعليه المثل.

وهذا يدلُّ من[1] كلام أحمد على أن بيعـه لا ينفذ، و[لا][2] يكون فسخاً للخيار.

وكذلك يتخرَّج على هذا جميع تصرُّفاته بالعتقِ والوطءِ لا تنفذ، ولا تكون دلالة على الفسخ، ولا يثبت الفسخ من جهتـه إلا بلفظ الفسخ؛ لأنَّ ملكه قد زال، وتصرفاته باطلة، فلم تكن دلالة على الفسخِ.

وليس كذلك المشتري؛ لأنَّ المبيعَ على ملكه، وتصرفـه ينفـذ، فلهذا كان دلالة على الرِّضا.

وقد قال أحمد في رواية محمَّـد بن ماهان: إذا ابتاع داراً أو ثوباً، وشرط الخيار لنفسه ثلاثاً، فعرضه على البيعِ قبل الثلاث، لزمه.

وأومأ إليه ـ أيضاً ـ في روايـة العبَّاس بن محمَّد: إذا سكن الدار، ولبس الثوب، لزمه.

وذكر أبو بكر في كتاب «التنبيه» فقال: إذا باع البائع في مُدَّة خيار

---

(١) كتب فوقها في «ت»: «على».

(٢) ما بين معكوفتين أثبتناه من هامش «م» و«ت».

المجلس، فالبيع باطل، ولو باع المشتري كان موقوفاً على افتراق الأبدان، فإن تفرّقا لزم، وإن تفاسخا بطل، وإذا وطئ، فلا حدَّ عليه، ويكون فسخاً.

وقد نصَّ أحمد على هذا في رواية أبي طالب في رجل اشترى ثوباً بشرطٍ[1]، فباعه قبل انقضاء الشَّرط: يردُّه على صاحبه الأوَّل إن طلبه، فإن لم يقدرْ عليه ردَّ قيمته، ولو سُرِقَ، أو احترق، فليس عليه شيء؛ لأنَّ البيعَ جناية، والحارق والسارق[2] جنى عليه.

قال: وأنا أقول: إذا اشترى جارية بشرط، ثمَّ أعتقها قبل الشَّرط، جاز، وليس عليه قيمة، أرأيتَ لو مات؟

فقد نصَّ على أنَّه يغرم القيمة؛ لتعذُّر التسليم بالبيعِ، ولا يلزم بتعذُّر ذلك بالعتق.

* * *

## ٢٥٢ ـ 

### فإن أعتقَ المشتري في مُدَّة الخيارِ نفذَ عتقُهُ:

نصَّ عليه أحمد في رواية المَرُّوذِيِّ، وابن القاسم، وابن الحارث، والميموني، وصالح.

---

(١) في «ت»: «يشترط».

(٢) في «م» و«ت»: «والحرق والسرق».

وقال الشَّـافعي: إذا تمَّم البائـع العقـد نفـذ عتقـه، وإن لـم يتمِّمه لم ينفذْ.

دليلنا: قوله ﷺ: «لا عِتْقَ فِي مَا لا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ»[1].

دليله: أنَّه ينفذ عتقه في ما يملك، وهو مالك في هذه الحال.

[و]لأنَّ هذا عتقٌ من مالك جائز التصرُّف، فنفذ.

دليله: لو تمَّم البائع البيع.

ولا يلزم عليه عتق المكاتب عبده؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّ المكاتبَ ليس بجائـز التصرُّف على الإطلاق؛ لأنَّـه لا يملك التبرُّعات.

والثَّاني: أنَّه يستوي فيه الأصل والفرع.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّه لو أهلَّ شوَّالُ في مُدَّة الخيار، ثمَّ فسخ، كانت فِطرةُ العبد على المشتري، فدلَّ على ثبوت ملكه عليه.

ولأنَّ أكثر ما فيه: أنَّ البائعَ يملك استرجاعه، وهذا لا يمنع نفوذ العتق بدليل: أنَّه لو باعه بثوب، فقبضه المشتري، وأصاب البائع بالثوبِ عيباً، كان له الرد واسترجاع العبد، ومع هذا ينفذ عتق المشتري فيه.

وهكذا لو وهب لولده[2] عبداً ملك الولد عتقه، وإن كـان الوالـد

---

(١) رواه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١) من حديث عبـدالله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما، نحوه.

(٢) في «م» و«ت»: «العبده».

يملك أن يستردَّه، وكذلك هاهنا.

ولأنَّ الـ[ـمـ]ـبيع ـ لـو تمَّ ولم يفسخ بعـد العتـق ـ للمشتري، وإن كان قد صادف حالاً يملك البائع فيها الفسخ، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ ملكَهُ غيرُ تامٍّ عليـه بدليل: أنَّ البائـعَ يملك استرجاعه من يد المشتري، وإزالة ملكه عنه، وإذا لم يكنْ تاماً، لم ينفذْ عتقه فيه، كالمكاتب.

والجواب: أنَّ ثبوتَ حق الرجوع لا يمنع نفوذ العتق بدليل العبد الموهوب من أبيه(١)، والعبد المشترى بثوب إذا ظهر بالثوبِ عيب.

وأمَّا المكاتب فالمعنى فيه: أنَّه ليس بكامل التصرف على الإطلاقِ، ألا ترى أنَّه [لا] يملك(٢) التبرُّعات، والحرُّ بخلافه.

واحتجَّ بأنَّ عتق المشتري إمضاء(٣)، وردُّ البائع فسخ، و(٤)الفسخ مقدم على الإمضاءِ، كما لو فسخ البائع وأمضى المشتري في مدة الخيار.

والجواب: أنَّه ليس إذا لم يثبت الإمضـاء من المشتري لم يثبـت العتق بدليل: أنَّ العبدَ المشترك لا ينفذ بيـع جميعـه من الشريكِ، وينفذ

---

(١) في «م» و«ت»: «ابنه».

(٢) في «م» و«ت»: «أنَّه يملك».

(٣) في «م» و«ت»: «أمضي».

(٤) في «ت» و«م»: «وإن كان الفسخ مقدماً».

عتق جميعه؛ لأنَّ للعتقِ تغليباً[1] وسِرايةً.

واحتجَّ بأنَّ البائعَ له خيار الفسخ واسترجاع الملك، وفي تنفيذ عتق المشتري إسقاطُ المقصود بالفسخ، فلم ينفذ، ألا ترى أنَّ المشتريَ لو وقف الشِّقْصَ لم يلزمْ وقفه؟ لأنَّ لزومه إسقاط حقِّ الشفيع.

وكذلك لو أُعتِقَتْ تحت عبد كان لها الخيار، فلو طلَّقها زوجها لم يقع الطلاق؛ لأنَّ إيقاعه إسقاط خيارها.

وكذلك لو أعتق شِركاً لـه في عبد قُوِّمَ عليه نصيب شـريكه، فلو أنَّ شريكه أعتق نصيب نفسه لم ينفذْ عتقه فيه؛ لأنَّ فيه إسقاط حقِّ المعتق.

والجواب: أنَّ نفوذ العتق من الابنِ يسقط حقَّ الأب في[2] الرجوعِ، وكذلك نفوذ العتق من المشتري يسقط حقَّ البائع من الردِّ إذا ظهر بالثمنِ عيبٌ، ومع هذا ينفذ.

وأمَّا ما ذكروه من المشتري إذا أوقف الشِّقص؛ فإنَّـه يصحُّ وقفه عند أصحابنا، ويسقط حقُّ الشفيعِ، كما ينفذ العتق هاهنا؛ لأنَّ الوقفَ كالعتقِ بدليل: أنَّه لا يلحقه الفسخ.

وأمَّا الأمةُ إذا أُعتِقَتْ تحت عبدٍ، وطلَّقها الزوج، وقـع الطلاق؛ لأنَّه مطلق للفسخ.

---

(١) في «م» و«ت»: «تغليب».

(٢) في «م» و«ت»: «من».

وأمَّا عتق الشريك نصيبَهُ بعـد عتق شريكه فإنَّما لم ينفـذ؛ لأنَّ ملكه زال بعتق الأوَّل بالسِّرايةِ، فلم يبقَ هناك ملك ينفذ عتقه فيه، وليس كذلك هاهنا؛ فإن ملك المشتري باقٍ على العبدِ، فلهذا نفذ.

واحتجَّ بأنَّ المشتريَ لو باع أو وهب أو عتق أو وقف وُقِفَ جميعُ ذلك على إمضاء البائع، كذلك العتق.

والجواب: أنَّه يمنع أن لا ينفذ بيعه وهبته، وينفذ عتقه؛ لما فيه من التغليبِ والسرايـة، كما قلنـا في العبـدِ المشترك: ينفذ عتقـه في حصَّة شريكه، ولا ينفذ بيعه وهبته.

* * *

## ٢٥٣ ـ مَسْأَلَة

### إذا وطئ البائـعُ الأمـةَ قبلَ القبضِ رجـعَ المشتري عليـهِ بالمهرِ:

قال في روايـة مهنـا في من اشترى جاريـة، ووزن ثمنها، فوطئها البائع: فعليه الحدُّ، فإن كان جاهلاً فعليه المهر للمشتري.

وقال أبو حنيفة: لا مهرَ عليه.

دليلنا: أنَّه لو وطئها بعد[1] القبض لزمه المهر، فإذا وطئها قبله لزمه، كالأجنبي.

---

(١) في «م» و«ت»: «قبل».

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو وجب العقد لتعلَّق وجوبه بالعقد؛ لأنَّه لو لم يجرِ بينهما عقد لما وجب بالوطء شيء، ولو تعلق وجوبه بالعقدِ لصار مبيعاً في الذمةِ، والمبيع في الذِّمةِ لا يثبت إلا على وجه السَّلَم، وهذا ليس بسَلَم.

ولا يلزم عليه وطء الأجنبي؛ لأنَّ وجوب العقد عليه لا يتعلَّق بالعقد؛ لأنَّه لو لم يكن هناك عقد، فوطئها، وجب عليه، فلا يصير مبيعاً في الذِّمَّة.

والجواب: أنَّه يبطل بالوطء بعد القبض؛ فإنَّه يلزمه، وإن لم يكنْ هناك معنى أوجبه إلا العقد؛ لأنَّه لو لم يكنْ هناك عقدٌ لم يلزمه المهر.

وعلى أنَّا لا نقول: العقد أوجب المهر، وإنَّما زوال ملكه أوجب المهر.

* * *

## ٢٥٤ ـ مَسْأَلَةٌ

**فإن باعَ البائعُ، أو وهبَ وأقبضَ، أو أوقف في مُدَّةِ الخيارِ، لم ينفذْ شيء من ذلك، ولم يكنْ فسخاً للبيعِ:**

نصَّ عليه في رواية إسماعيل بن سعيد في رجل باع ثوباً من رجل، ثمَّ باعة البائع من آخر قبل الافتراق، ولمَّا يسلمه إلى المشتري الأوَّل، واستهلكه البائع: هل يضمن المشتري الأوَّل القيمة؟ وهل يؤخذ بالخلاصِ من حيث باع؟ فقال: يؤخذ بالخلاصِ، فإن لم يقدرْ أن يخلصه فعليه

قيمتـه يوم استهلكه، فإن كان ممَّا يُكال أو يُوزَن فعليه المِثلُ.

فقد نصَّ على أنَّ تصرُّفـه بالبيعِ باطل، ولم يجعله بذلك فاسخاً للبيع خلافاً لأصحـاب الشَّافعي في قولهم: ينفذ ذلك منه، ويكون فسخاً للبيع.

وكذلك القول عنـدهم في العتقِ والوطء يكون فسخاً للبيع، وينفذ العتق.

دليلنا: أنَّا قد دلَّلنا في المسألةِ الَّتي قبلها أنَّ عتقه لا ينفـذ، فأولى أن لا ينفذ بيعه وهبته ووقفه؛ لأنَّ للعتقِ من النفوذِ ما ليس لغيره.

ولأنَّ ما ذكرنـاه هناك من الدليلِ على إبطال العتق فهو دليل هاهنا، وهو أنَّ ملكه قد زال بالبيعِ، فلم ينفذ بيعه وهبته ووقفه بحقِّ الملك.

دليله: بعد انقضاء مدة الخيار.

ولأنَّ أكثر ما فيه: أنَّه قد ثبت لـه حقُّ الفسخ، وهذا لا يدلُّ على جواز تصرُّفه، كالواهبِ يملك الرجوع، ولا يصحُّ تصرُّفه.

وكذلك إذا باع عبداً بثوب، وظهر على عيب في الثوبِ، لم يصحَّ تصرُّفه في العبدِ.

وإذا لم يصحَّ تصرُّفـه لم يكنْ ذلك فسخاً، كما لم يكنْ في العينِ الموهوبة، وفي المبيعِ إذا ظهر ببدله عيبٌ[1]، والمفلس، كذلك هاهنا.

---

(١) في «م» و«ت»: «عيباً».

فإن قيل: المعنى في تلك المسائل: أنَّ الملكَ تام بدليل: أنَّه لا يمنع من التصرُّفِ، فلهذا لم يصحَّ فسخ الملك فيه إلا بالصريحِ، والملك هاهنا ضعيف، فجاز فسخه بالكنايةِ.

قيل: قد أجبنا عنه في ما تقدَّم.

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو أراد إتمام البيع والإمضاء لما تصرَّف هذا التصرف، فهو كما لو فسخ بالقول.

والجواب: أنَّ[1] الواهبَ لو أراد إتمام الهبة لم يتصرَّفْ هذا التصرُّف، وكذلك إذا باع عبداً بثوب، وظهر على عيب في الثوبِ، لو أراد إتمام العقد لم يتصرَّفْ في العبدِ[2]، وقد ثبت أنَّ ذلك لا يفسخ الهبة والمبيع، فدلَّ على أنَّ وجوده كعدمه، وكذلك هاهنا.

واحتجَّ بأنَّ الفسخَ تدارك الملك واسترجاعه، والملك يقع بالقولِ والفعلِ معاً؛ لأنَّه يملك بالشراء، ويملك بالاصطيادِ والاحتطاب، كذلك تداركه له يكون بالفعلِ وبالقولِ.

والجواب: أنَّ فسخَ الهبةِ والمبيعِ إذا ظهر بالثمنِ عيبٌ[3] هوَ تدارك للملك، ولم يقمِ الفعلُ فيه مقامَ القول.

* * *

(١) في «م»: «بأن».

(٢) في «م» و«ت»: «العقدِ».

(٣) في «م» و«ت»: «عيباً».

## ٢٥٥ - مَسْأَلَة

## إذا وطئ البائعُ في مُدَّة الخيارِ قبلَ الفسخِ مع علمِهِ بالتحريمِ؛ فهل يجبُ عليه الحدُّ؟

فنقل أبو بكر في كتاب «الخلاف» عن أحمد في رواية مهنا: إذا وطئ البائع قبل الافتراق، فعليه الحدُّ إن كان عالماً، وإن وطئها المشتري، فلا حدَّ؛ لأنَّ الملكَ له خلافاً لأبي حنيفة والشَّافعي في قولهما: لا حدَّ، ويكون ذلك فسخاً للبيع.

دليلنا: أنَّه بيع صحيح، أو بيع منعقد، إذا تعقبه وطءُ البائع أوجب الحدَّ.

دليله: إذا لم يكنْ في البيعِ خيار، أو تبايعا على أن لا خيارَ بينهما.

ولأنَّ أكثر ما فيه: أنَّ له حقَّ الفسخ، وهذا لا يُسقطُ الحدَّ، كما لو باع جارية بثوب، ووجد بالثوبِ عيباً، ملك فسخ البيع، فلو وطئها قبل الفسخ وجب الحدُّ، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ له فيها ملكاً[1]، أو شُبهةَ ملك.

ولأنَّ هذا مُختلَفٌ في كونه ملكاً له؛ لأنَّ من النَّاسِ من قال: ما زال ملكَهُ، فصار شُبهةً، وجرى مجرى الوطءِ في النكاحِ بلا وليٍّ، وبلا شهود.

والجواب: أنَّ شرب النَّبيذِ شُبهةٌ؛ لأنَّه مُختلَفٌ في إباحته، وفي

---

(١) في «م» و«ت»: «ملك».

إيجاب الحدِّ فيه، ومع هذا يجب الحدُّ عند الشَّافعي.

وإذا قتلَ الجماعةُ قُتلوا بهِ[1]، وإن كان مُختلَفاً فيه.

كذلك إذا وطئ امرأة وجدها على فراشه يظنُّها زوجته، فبان أنَّها أجنبية، فعليه الحدُّ عند أبي حنيفة، وإن كان هذا مُختلَفاً[2] فيه.

وأمَّا النكاح بلا وليٍّ، وبلا شهود، ففيه تفصيل:

فإن[3] كان جاهلاً بتحريم ذلك؛ بأنْ يكون أسلم قريباً، فتخفى عليه الأحكام، لم يجب الحدُّ.

وإن كان يعرف حكم ذلك، لكنه كان حَنَفيّاً يعتقد إباحة الوطء في هذا النكاح، فلا حدَّ عليه أيضاً؛ لأنَّه وطئ وطئاً يعتقد الإباحة.

وإن كان يعتقد تحريم ذلك؛ بأنْ يكون حنبلياً، أو شافعياً؛ فهل عليه الحد، أم لا؟ على روايتين:

إحديهما: عليه الحدُّ كمسألتنا.

فعلى هذا: لا فرقَ بينهما.

والثَّانية: لا حدَّ عليه؛ لأنَّه مُختلَفٌ في إباحته؛ فمن الفقهاءِ من أباحه.

(١) في «م» و«ت»: «قتل الجماعة قتل بهم».

(٢) في «م» و«ت»: «مُختلَف».

(٣) في «م» و«ت»: «وإن».

وأمَّا في مسألتنا فمُجمَعٌ على تحريمه، ومن أسقط الحدَّ فيه لأجل الشُّبهة، لا لأنَّه مباح.

* * *

## ٢٥٦ ـ مَسْأَلَة

**إذا كان المبيعُ عبداً، فماتَ في مُدَّة الخيارِ، لم يبطل الخيارُ في أصحِّ الرِّوايتين:**

وبه قال الشَّافعي.

وفيه رواية أخرى: يبطل.

وفائدة الخلاف: أنَّهما إذا لم يجز البيع، وفسخاه بعد التلف، بماذا يرجع البائع على المشتري إذا كان تلف المبيع في يده؟ على روايتين:

إحديهما: يرجع عليه بالقيمةِ.

والثَّانية: يرجع بالثمنِ المُسمَّى.

فإن قلنا: يرجع بالقيمةِ، فالخيارُ بحاله؛ لأنَّه قد ملك الفسخ، وتعذَّر الرجوع في العينِ، فوجب الرجوع في القيمةِ.

وإن قلنا: يرجع البائع على المشتري بالثمنِ، فالخيار قد بطل؛ لأنَّه غير مالك للفسخ، فرجع بالمسمى لبقاء العقد.

وقد نقل ابن القاسم وصالح عنه: إذا أعتق المشتري العبد نفذ عتقه، ورجع البائع عليه بالقيمةِ.

وهذا يدلُّ على أنَّه كان له الفسخ.

ونقل أبو الحارث والميموني: إذا أعتق نفذ عتقه، ورجع عليه بالثمنِ.

وهذا يدلُّ على أنَّه لا يملك الفسخ.

وهذا اختيار الخرقي وأبي بكر.

ووجه الدَّلالة: أنَّ الخيارَ مدة ملحقة بالعقدِ، فلم تبطل بتلف المبيع بعد القبض.

دليله: الأجل.

فإن قيل: الأجل يحلُّ بالثمنِ، والثمن محلُّه الذمة، والذمةُ لم تتلفْ بتلف المبيع، فمثاله أن يموت من عليه الحقُّ المؤجَّل، فيبطل الأجل، ويحلَّ الحقُّ.

قيل: لا يبطل الأجل بموت من عليه الحقُّ على المذهبِ الصَّحيح، ولا يبطل ـ أيضاً ـ بإفلاس المشتري رواية واحدة، وإن كانت الذِّمَّةُ قد خربت وتلفت بدليل أنَّ المبتاعَ أحقُّ بالرجوعِ في عين المبيع.

واحتجَّ المخالف بأنَّه خيار فسخ، فبطل بتلف المبيع.

دليله: خيار الردِّ بالعيبِ، و[في][1] الهبة، وخيار الإقالة.

وذلك أنَّه لو كان المبيع عبداً، فمات، ثمَّ ظهر على عيب بعد موته، لم يملك الردَّ، وكذلك لو تلف البيع لم تصحَّ الإقالة، وكذلك

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

إذا تلفت العينُ الموهوبة.

ولا يلزم عليه إذا باع ثوباً بثوب، وتقابضا، وتلف عند أحدهما، وظهر على عيب في الآخرِ؛ أنَّه يفسخ ـ ذكره في رواية حنبل ـ لأنَّا قلنا: فبطل بتلف المبيع، وهناك بعضه تلف.

ولا يلزم عليه [أنَّهما] إذا اختلفا في الثمنِ بعد تلف السلعة تحالفا وفسخا؛ لأنَّ الفسخَ حصل باليمينِ، لا بالخيار.

والجواب: أنَّ خيار الردِّ بالعيبِ إنَّما بطل؛ لأنَّه يستدرك النقص بأخذ الأرش، فلهذا لم يملك الفسخ.

وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه لا يستدرك المقصود إلا بالفسخِ؛ لأنَّه إنَّما شرط لينظر: هل له الحظُّ في المبيعِ؟ وهل غبن فيه، أم لا؟ وهذا لا يحصل له إلا بالفسخِ.

ولهذا قلنا: لو اختلف المتبايعان في الثمنِ ـ والسلعة تالفة ـ تحالفا؛ لأنَّه لا يحصل له غرضه من كمال الثمن إلا بالتحالفِ والفسخ، وكذلك هاهنا.

وأمَّا الإقالة فإنَّما لم تصحَّ بعد التلف؛ لأنَّها في حكم العقد المبتدأ، ألا ترى أنَّه يُعتبَرُ فيها رضا كلِّ واحد من المتعاقدينِ، والفسخ لا يُعتبَرُ فيه ذلك.

ومن نصر[1] الرِّواية الثانية، وأنَّ الخيار يبطل بهلاك المبيع على

---

(١) في «م» و«ت»: «نص».

ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر، يحتجُّ بالعلَّـةِ التي تقدَّم ذكرها.

ونجيب عن قولهم: إنَّه يستدرك المقصود في العيبِ بأخذِ الأرش، وهاهنا لا يستدرك إلا بالفسخِ؛ فإنَّه يبطل بخيار الرجوع في الهبة؛ لأنَّه لا يسقط بهلاك العين، وإن لم يستدرك المقصود.

وعلى أنَّه إذا فسخ رجع إلى قيمة الهالك، ويجوز أن تكون قيمته أقلَّ من المسمَّى، فلا يكون له في الفسخِ بالعيب حظٌّ.

وإن قاسوا عليه إذا باع ثوباً بثوب، وتلف أحدهما، وظهر بالآخر عيب؛ أنَّه يثبت الفسخ؛ لأنَّ هناك عيناً يقـع عليها الفسخ، وليس كذلك هاهنا؛ فإنَّه ليس هناك عين، فهو كما لو باع ثوباً في الذمةِ، وتلف، ثمَّ ظهر على عيب.

ونجيب عن قولهم: الإقالـةُ تجري مجرى العقـد؛ لافتقارها إلى رضاهما، وهذا بخلافـه؛ لأنَّ علَّة الفرع تبطل بالردِّ بالعيب، وبالخيارِ في الهبةِ؛ فإنَّه لا يُعتبَرُ تراضيهما، ومع هذا يسقط بالإتلافِ.

وإن قالوا: معنى يوجب فسخَ المبيع مـع بقاء السلعة، فأوجب مع تلفها، كما لو اختلفا في قدر الثمن بعد تلفها، وتحالفا، وفسخا.

والجواب: أنَّ في ذلك روايتين أيضاً.

وعلى أنَّـه إنَّما ثبـت التحالـف هنـاك لأجل الاختـلافِ في الثمنِ والمثمن، وتعذُّرِ إنفاذ الحكم لأحدهما؛ لأنَّـه لا مزيَّـةَ لأحدهما على الآخر، وهذا المعنى موجود بعد التلف، كما هو مع بقائها.

## ٢٥٧ ـ مَسْأَلَة

**إذا ابتاعَ ثوباً منْ أحدِ هذين الثوبين، أو منْ أحدِ ثلاثةٍ، أو منْ أحدِ أربعةٍ، فالعقدُ فاسدٌ:**

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: إن ابتاع ثوباً من ثوبين ـ أو من ثلاثة ـ على أنَّه بالخيارِ، صحَّ العقد، وإن ابتاعه مطلقاً ـ أو ابتاع ثوباً من أربعة ـ على أنَّه بالخيار، فالعقد فاسد.

وقال مالك: إذا باعه عبداً من جملة أَعْبُدٍ، أو ثوباً من جملة ثياب[1]، أو شاة من غنم، وكلها صنف متقارب الصفة غير متفاوت[2]، جاز إذا كان الخيار للمشتري.

ولم يخصَّ ذلك بثوب من ثلاثة، أو عبد من ثلاثة.

دليلنا: أنَّه مبيع مجهول حال العقد، فلم يصحَّ العقد.

دليله: إذا ابتاع ثوباً من أربعة، أو ثوباً من ثوبين، ولمَّا يشترط الخيار.

ولا يمكن منازعة الوصف؛ أنَّـه مجهول؛ لأنَّـه يحتاج إلى تعيين حتَّى يصير معلوماً، ولهذا لم يصحَّ إذا لم يشترط الخيار، وإذا كان ثوباً من أربعة؛ لأنَّ الشيءَ إنَّما يصير معلوماً من أحد وجهين:

---

(١) في «م» و«ت»: «من جملة أعبد أو ثياب».

(٢) في «م» و«ت»: «متقارب».

إمَّا بالمشاهدةِ.

أو بالصفةِ.

وهذا معدوم هاهنا.

ولا يلزم عليه إذا ابتاع قفيزاً من صُبْرة؛ أنه يصحُّ من غير شرط الخيار، فعُلِمَ أنَّه معلوم.

فإن قيل: المعنى فيه إن لم يشترط الخيار: أنَّ المبيعَ مجهول في الحالِ، ولا يصير معلوماً في الثَّاني؛ لأنَّه ليس له الخيار حتَّى يختار أيَّهما شاء، فيحصل المبيع معلوماً.

وليس كذلك إذا شرط الخيار؛ فإنَّه وإن كان مجهولاً في الحالِ؛ فإنَّه يصير معلوماً في الثَّاني عند بطلان الخيار.

قيل[1] له: هذا المعنى موجود في ثوب من أربعة على أنَّه بالخيار في أن يأخذ أيَّ الأثواب شاء، ومع هذا يبطل البيع.

فإن قيل: لا يمتنع أن يختصَّ هذا المبيعِ بثلاث...[2].

بل يجوز الزِّيادة عليها.

على أنَّ هذا الخيار عند المخالف بعد ثلاثة أيَّام؛ لأنَّه إذا مضى ثلاثة أيَّام أُجبر على أن يختار، وخيار الشرط عنده يبطل بمضي الثلاثة، فلم يكن أحدهما بمنزلة الآخر.

---

(١) في «م»: «وقيل».

(٢) كأن في الكلام نقصاً في هذا الموضع، والله أعلم.

فإن قيل: قد ثبت التخيير في الأصولِ بين ثلاثة أشياء مثل كفَّارة اليمين، وجزاء الصيد، وفدية الأذى، ولم يثبت بين أربعة أشياء، فلا يمتنع أن يثبت الخيار بين ثوب من ثلاثة، وإن لم يثبتْ في ثوب من أربعة.

قيل له: قد ثبت عندنا بين أربعة أشياء، وهو: أنَّ الإمامَ مُخيَّر في الأسارى بين أربعة أشياء: القتل، والاسترقاق، والمَنُّ، والفداء.

على أنَّ هذا يبطل بمن اشترى ثوباً من ثلاثة على أنَّه بالخيارِ؛ فإنَّه مُخيَّر بين أربعة خيارات؛ لأنَّ له أن يختار كلَّ واحد من الأثوابِ، وذلك ثلاث خيارات، أو يفسخ البيع، ويختار الثمن، وذلك خيار رابع.

وقياس آخر، وهو: أنَّ كلَّ بيع لا يصحُّ من غير شرط الخيار، لم يصحَّ مع شرط الخيار.

أصله: سائر البيوع الفاسدة.

فإن قيل: إذا كان في العقودِ[1] ما يصحُّ بتاتاً، ولا يصحُّ مع الخيار، وهو الصَّرف والسَّلم، جاز أن يكون فيها ما يصحُّ مع الشرط، ولا يصحُّ مع عدمه.

قيل له: لم كان ذلك؟ وقد علمنا: أنَّ الخيارَ عذر في عقد البيع، فلا يجوز أن يُقالَ: لما صحَّ العقد مع عدم العذر، يجب[2] أن يصحَّ مع وجوده.

---

(١) في «م» و«ت»: «العقدِ».

(٢) في «م»: «ويجب».

فإن قيل: إذا شرط الخيار زالت الجهالة بفعل المتعاقدين، وإذا لم يشرطْ ثبتت الجهالة، فلم يصحَّ.

قيل له: إذا ابتاع ثوباً من أربعة بشرط الخيار زالت الجهالة، ومع هذا لا يصحُّ، مع أنا قد بينا أنَّ الجهالةَ موجودة.

فإن قيل: المعنى في سائر العقود الفاسدة: أنَّ الحاجةَ[1] لا تدعو إليها، وليس كذلك هذا[2] العقد؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إليه، ألا ترى أنَّ ذوات الخدور وأكابر النَّاس لا يحضرون الأسواق، وقد لا يرضون باختيار الوكلاء؟ فجُوِّزَ لهم هذا العقد؛ ليتوصَّلوا به إلى اختيار ما يروه، وسُومِحَ فيه بالجهالة[3].

قيل له: فهذا المعنى موجود في ثوب من أربعة.

وعلى أنَّ هذا يوجب أن يقول: إذا كان الموكِّلُ ممَّن يحضر الأسواق، لا يجوز ذلك في حقِّه.

و[إ]لا يمكن أن يتوصَّلوا إلى اختيار ما يريدونه[4]: إمَّا أن يكون مقبوضاً على وجه السوم، أو يعقد الوكيل على كلِّ ثوب عقداً منفرداً بشرط الخيار.

---

(١) في «م» و«ت»: «الجهالةَ».

(٢) في «م» و«ت»: «هاهنا».

(٣) في «م»: «الجهالة».

(٤) في «ت» و«م»: «يروه».

واحتجَّ المخالف بأنَّ ما يحصل له في هذا العقد، وإن كان مجهولاً في الحالِ؛ فإنَّـه يصير معلوماً في الثَّاني عند بطلان الخيار، أشبه العقد على ثوب بعينه على شرط الخيار؛ أنَّه لا يعلم في حال العقد ما كان يحصل في الثَّاني، يصير معلوماً عند بطلان الخيار، جاز البيع، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّ المبيع هنـاك معلوم، وإنَّما شرط الخيار للفسخ، فلهذا صحَّ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ المعقودَ عليه مجهول، فلم يصحَّ، كما لو اشترى ثوباً من ثوبين بغير خيار، أو ثوباً من أربعة بالخيار.

وجواب آخر: أنَّ الخيارَ لو كان بمنزلـة التعيين حال العقد، لوجب أن يجوز ذلك في ثوب من أربعة وأكثر بشرط الخيار، كما جاز ذلك في التعيينِ حال العقد، ولمَّا لم يقلْ هذا، دلَّ على أنَّـه لا يجري مجراه، ولا يصير المبيع معلوماً.

فإن قيل: التعيين إذا حصل في زمان الخيار كان بمنزلة الموجـود حال العقد، ألا ترى أنَّه إذا باع مئة دينـار بغيـر عينها بألـف درهم، ثمَّ عيَّنـا، وتقابضا في المجلسِ، صحَّ العقـد، وكـان بمنزلة ما لو عيَّنا في حال العقد.

قيل له: يجوزُ إطلاق العقد في الدراهمِ والدنانير، فدلَّ على أنَّه واقع على معلوم، وليس كذلك الثوب؛ لأنَّـه لا يجوز إطلاق البيع فيـه، فلم يكن معلوماً.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ عينين جاز بيعُ كـلٍّ واحد[ة] منهما بعينها، جاز بيع إحد[ا]هما بغير عينها.

أصله: قَفِيـزٌ من صُبـرَةٍ، ومن اختلط عبـده بعبد غيـره، فباع من مالك لآخر.

والجواب: أنَّه ليس إذا جاز بيع كلٍّ واحد معيَّناً، جاز بيـع أحدهما بغير عينها، كما لو باع ثوباً من ثوبين، ولم يشترط الخيار، أو باع ثوبـاً من أربعة وشرط الخيار؛ فإنَّه يجوز معيَّناً، ولا يجوز غير معيَّن.

وعلى أنَّ أجزاء الصُّبرةِ متساوية، فإذا عقد على قَفيـزٍ منها، فهو معلوم، ولهذا لا يفتقر إلى شرط الخيـار، ولا يختصُّ بعدد من القفزانِ، وهذا معدوم هاهنا.

وأمَّا إذا اختلط عبده بعبد غيره، فيحتمل أن لا يصحَّ العقد حتَّى يقع التمييز.

وبماذا يقع؟

يحتمل أن يقرع[1] بينهم، فيتعيَّن بالقرعةِ، ثمَّ يبيعه؛ لأنَّه قد اختلط المستحق بغيره.

ويحتمل أن يقف على المراضاةِ.

ولو سلَّمناه، فلا يشبه هذا؛ لأنَّه لا يجوز البيع بغير خيار، ولا يجوز

---

(١) في «م»: «يقع».

بيع عبدين من خمسة.

ولأنَّ[1] الجهالة هناك بغير فعله، فعُفِيَ عنها.

وجواب آخر، وهو: أجودُ ما يُقالُ فيه: أنَّهما يبيعان العبدين، ويقتسمان الثمن على قيمةِ العبدين، كما لو قلنا فيه إذا اختلط زيت أحدهما بزيت الآخر، وأحدُهما أجودُ من الآخرِ: أنَّهما يبيعان الزيت، ويقتسمان الثمن على القيمةِ.

واحتجَّ بأنَّها جملة يجوز بيعها، فجاز بيع بعضها غيرَ معيَّن، كما لو باع بعضها مشاعاً.

والجواب: أنَّ أربعة أثواب يجوز بيعها، ولا يجوز بيع بعضها غيرَ معيَّن.

وعلى أنَّه إذا باع بعضها مشاعاً فهو متعيِّن، ولهذا لا يختصُّ بعدد من العبيدِ، ولا يفتقر إلى شرط الخيار.

واحتجَّ بأنَّ هذه جهالة لا تمنع صحَّة الإجارة، فلا تمنع صحَّة البيع.

وبيان هذا: لو استأجر أرضاً؛ ليزرعها حنطة أو شعيراً، جاز، أو استأجر دابة؛ ليركبها إلى النهروان، أو إلى عكبراء.

والجواب: أنَّه إنَّما يجوز التخيير في ما يتقارب ضرره؛ لأنَّ إطلاق العقد يقتضيه، ولا يجوز فيما يختلف.

---

(١) في «م»: «ولأ».

ولأنَّه لو كان الخيار هناك بين أربعة أشياء؛ الحنطة والشعير والذرة والأرز، صحَّ.

ولأنَّه يبطل باستئجار الظِّئْرِ بطعامه وكسوته؛ لا تمنع هذه الجهالة الإجارة، وتمنع البيع.

* فصل:

وفي ما ذكرنا دلالة على مالك.

واحتجَّ بأنَّ الثيابَ إذا كانت صفاتها متقاربة غير متفاوتة، وكان[ت] جنساً واحداً، فالغرر يسير يُعفَى عن مثله.

ولأنَّ البائعَ قد علم أنَّ المشتريَ إنَّما يختار أعلاها وأجودَ ما فيها، فقد دخلا على أمر معلوم بالعادة.

والجواب عن قوله: (إنَّ البائعَ قد علم أنَّه يختار أعلاها) فيبطل إذا كانت أجناساً، فباعه واحداً منها؛ فإنَّه يعلم أنَّ المشتريَ[1] يختار أعلاها، ومع هذا لا يصحُّ العقد.

وقولهم: (إنَّ الغررَ يسير) يلزم عليه إذا شاهد أكثر المبيع، أو وصفه بأكثر صفاته، فإنَّ الغررَ يقل، ولا يجوز.

* * *

(١) في «م» و«ت»: «البائعَ».

## ٢٥٨ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا اشترى شيئاً على أنَّه بالخيارِ إلى اللَّيلِ، أو إلى الظهرِ، أو إلى الغـدِ، فله الخيارُ إلى أن يطلعَ الفجـر، وإلى أن تـزولَ الشمس، وإلى[1] أن تغربَ الشمس في أصحِّ الرِّوايتين:**

نصَّ عليها في رواية محمَّد بن موسى [. . . .][2] في رجل حلف على شيء أن لا يفعله إلى يوم الفطر، فلمَّا كـان يوم الفطر بالغداةِ فعله: لم يحنثْ.

فلم يجعل يوم العيد داخلاً في يمينه.

وهو قول الشَّافعي.

وفيه روايـة أخرى: لـه الخيـار إلى اللَّيلِ كله، وإلى الظهـرِ كله، والغد كله.

نصَّ عليه في رواية أحمد بن صدقة في رجل حلف على شيء أن لا يفعله إلى يوم الفطر، فلمَّا كان يوم الفطر فعله: يحنث.

فجعل يوم العيد داخلاً في يمينه.

وهو قول أبي حنيفة.

وجه الأولى: أن أهل اللغة أجمعوا على أنَّ (مِنْ) لابتداء الغاية،

---

(١) في «م» و«ت»: «أو إلى».

(٢) كلمة غير واضحة في «ت»، وموضعها بياض في «م».

فقال: إذا قالوا: سرت من الكوفةِ إلى البصرة، فإنَّ معناه: ابتدأت بالمسير من الكوفة، فانتهيت به إلى البصرةِ.

وإذا كان كذلك، كان ظاهر اللَّفظ يقتضي أن يكون الخيار ينقطع عند انقضاء النَّهار، ولا يدخل الليل فيه.

فإن قيل: المفهوم من قولهم: (سرت من الكوفةِ إلى البصرةِ): أنَّه دخل البصرة.

قيل له: لا يفهم ذلك باللَّفظِ، وإنَّما يفهم بدليل.

وأيضاً فإنَّ ما جُعِلَ حدّاً بـ (إلى) لم يدخلْ في المحدودِ بظاهر اللَّفظ.

دليله: الإقرار والطلاق والتأجيل والثمن والبيع.

وبيان هذا: لو قال: لفلانٍ عليَّ من درهم إلى عشرة؛ أنَّه يلزمه تسعة ولا يدخل العاشر في الإقرار.

وكذلك إذا قال: أنت طالق من واحد إلى ثلاث؛ أنَّها تطلق طلقتين، والثالثة لا تقع عليها.

وكذلك إذا قال: بعتك بكذا درهماً إلى شهر رمضان، لم يدخلْ رمضان في الأجلِ.

وإذا قال: من هذا الحائط إلى هذا الحائط لفلان، لم يدخل الحائطان في الإقرارِ.

وإذا قال: بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، لم يدخل الحائط.

وإذا قال: لا كلمت فلاناً إلى شهر رمضان، لم يدخلْ رمضان في اليمينِ.

ولا يلزم على هذا قوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾[المائدة: ٦]؛ أنَّ المرافقَ داخلة في المحدودِ، وإن كانت بحرف (إلى)؛ لقولنا: لم يدخلْ في المحدودِ بظاهر اللَّفظ، وهناك دخلت بدليل، لا بظاهر اللَّفظ.

فإن قيل: فنحن ـ أيضاً ـ لم نقلْ: إنَّه يدخل بظاهر اللَّفظ، وإنَّما دخل بدلالة شرعية.

قيل له: يجب أن تبيِّن تلك الدَّلالة.

وإن شئت قلت: مدة مضروبة في عقد بيع، أشبه الأجل، أو مدة ملحقة بالعقدِ، فكانـ[ـت] (إلى) غايةً، كالأجل.

فإن قيل: اليمين مستحق، وإنَّما تتأخَّر المطالبة بالتأجيلِ، ودخول الغاية في الجملةِ محتمل، فلم يجز تأخير المطالبة المستحقة بالعقدِ بالشك[1]، وليس كذلك لزوم العقد وانبرامه؛ لأنَّه إنَّما يحصل بمضي مدة الخيار.

والغايةُ فيها احتمالٌ:

فتارة تدخل، كقوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾[المائدة: ٦].

وتارة لا تدخل كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾[البقرة: ١٨٧].

---

(١) في «ت»: «وبالشك».

فلم يجز لنا إلزام صاحب الخيار العقدَ بالشك، وكذلك الطلقة الثالثة، والدرهم العاشر، والحدُّ في الإقرارِ، إنَّما لم يدخلْ ذلك في الجملة؛ لأنَّ الغايةَ قد تدخل في الجملةِ تارة، ولا تدخل أخرى، فلم يجز إلزامه درهماً بالشك، ولا إيقاع طلقة بالشك، ولا إلزام الحد بالشك، كما قلنا في مسألتنا: لا يلزمه العقد بالشك.

وكذلك شهر رمضان لم يدخلْ في اليمين؛ لأنَّ الغايةَ محتملة، فلا نثبت عقد اليمين في شهر رمضان بالشك.

قيل له: زمان الغاية ليس بمشكوك فيه؛ لأنَّ الظاهرَ من الغايةِ: أنَّها لا تدخل في الحكمِ.

وقوله: ﴿وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ﴾؛ فإنَّها تدخل المرافق في الغسلِ لدليلٍ آخر.

وإذا كان كذلك، لم يكنْ فيه إزالة اليقين بالشك، بل هو إزالة اليقين باليقين؛ لأنَّ ظاهر اللَّفظ وحقيقة الكلام بمنزلة اليقين، ويجب ترك الأصل وشغل الذمم بذلك.

وقولهم: (ليس في الأجلِ إزالة اليقين بالشك) غير صحيح؛ لأنَّ الملكَ يوجب المطالبة، فإذا أدخله زالت المطالبة في المدةِ الَّتي تيقَّنا فيها التأجيل، وفي موضع الغاية وجبت المطالبة لبقاء سببها، وهو الملك، كذلك العقد، فوجب انتقال الملك إلا في مدة الخيار على أصله، وفي الموضعِ الَّذي يُشَكُّ في الخيارِ يجب أن يثبت الملك، ولا يثبت الخيار؛

لقيام سبب الملك فيه، وهو العقد، فيكون قيام العقد مع الشكِّ في الخيارِ بمنزلة قيام الملك مع الشكِّ في التأجيل.

فإن قيل: إذا قال: بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، لم يدخل الحائطان؛ لأنَّ الحدودَ لا تدخل في المحدودِ بالعرفِ، ألا ترى أنَّهم يقولون: إلى دار فلان، وإلى المسجدِ، وإلى الطريق.

قيل له: وكذلك الغاية لا تدخل في المحدودِ شرعاً من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

واحتجَّ المخالف بما تقدَّم، وهو: أنَّ الغايةَ فيها احتمال قد تدخل في الكلام تارة، كالمرافقِ والكعبين، ولا تدخل أخرى، كاللَّيلِ مع النَّهار في الصِّيامِ، والعقد لا يتعلَّق به استحقاق، وإنَّما ينبرم بمضي مدة الخيار، فلم يجز إلزام صاحب الخيار العقدَ بالشكِّ.

ويفارق الأجل إلى رمضان؛ لأنَّ الثمنَ مستحقٌّ، وإنَّما تتأخَّر المطالبة[1] بالتأجيلِ، وإذا احتمل أن تدخل الغاية واحتمل أن لا تدخل، لم يجزْ تأخير المطالبة بالثمنِ[2] بالشك.

والجواب عنه: ما تقدَّم، وهو: أنَّ الغايةَ غير محتملة، بل الظاهر منها: أنَّها لا تدخل في الحكم.

ثمَّ يبطل بالأجلِ؛ فإنَّ فيه إثباتَ المطالبة بالشك؛ لأنَّه لا تدخل

(١) في «ت»: «لمطالبه».

(٢) في «م» و«ت»: «بالعقدِ».

الغاية في الأجلِ، وفي ذلك إثبات المطالبة بالشك.

ويبطل به إذا قال: إن لم أفعل كذا إلى شهر رمضان فعبده [حرٌّ][1]، فلم يفعل حتَّى أهلَّ رمضان، عتق العبد، فقد أزال ملكه عن العبدِ بغاية مشكوك فيها.

فإن قيل: اليمين لا يجوز إثباتها في شهر رمضان بالشك، فإذا لم تثبت اليمين، فوقوع العتق فرعٌ على مضي المدة الَّتي انعقدت اليمين عليها، فاعتُبِرَ اليقين في الأصلِ، وتبعه ما يترتَّبُ عليه من وقوع العتق[2].

قيل: [. . . .][3].

واحتجَّ بأنَّ الجملةَ متى كانت منتظمة للغاية وما عداها، فإنَّ دخولَ الغاية ينفي ما عداها، كقوله تعالى: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ﴾[المائدة: ٦] يتناول العضو إلى المنكبِ، ألا ترى أنَّ عمَّارَ تيمَّم إلى الآباط بظاهر الآية؟ وكذا[4] قوله: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ﴾[المائدة: ٦].

كذلك قوله: (على أنَّه بالخيارِ إلى وقت الظهر)؛ أن ذلك لإسقاط ما عدا الغاية؛ لأنَّ قوله: (على أنَّك بالخيارِ) يقتضي خياراً مؤبَّداً، ولذلك يفسد البيع إذا أطلق، فإذا قال: (إلى وقت الظهر)، فإنَّما ذكر

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٢) في «م» و«ت»: «العين».

(٣) بياض في «ت» و«م»، وقد كتبت فوقه: «ينظر».

(٤) في «م» و«ت»: «فكان».

الغاية لإسقاط ما عداها.

ومتى دخلت على جملة لا تنتظم الغايـة وما عداها، فإنَّما تدخل للتحديد، كقـولـه: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾[البقرة: ١٨٧]، وأراد به النَّهار.

فلمَّا لم تنتظمْ هذه الجملة اللَّيل كان قوله: ﴿إِلَى اللَّيْلِ﴾[البقرة: ١٨٧] للتحديد، فلم يدخل في الجملةِ، كما لا يدخل حد الدار في الدار.

والجواب: أنَّها لإسقاط ما عداها وإسقاطها ـ أيضاً ـ بدليل: الإقرار والطلاق والتأجيل واليمين، وقد بيَّنَّا ذلك.

وما استشهدوا بـه من قولـه: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾، وقولـه: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾، فلم نقلْ: إنَّ تلك الغاية دخلت في الجملة بمقتضى اللَّفظ، وإنَّما دخلت بدليل آخر، وهـو: أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يدلك الماء على مرافقه، وقال: «وَيْلٌ لِلأَعْقَابِ مِنَ النَّارِ»[1].

* * *

## ٢٥٩ ـ مَسْأَلَةٌ

### يجوزُ شرطُ الخيارِ أكثرَ من ثلاث:

نصَّ عليه في روايـة إسماعيل بن سعيد في الرَّجلِ يبيع، ويجعل

---

(١) رواه البخـاري (٦٠)، ومسلم (٢٤١) من حديـث عبدالله بن عمـرو بن العاص رضي الله عنهما.

للمشتري الخيار شهراً: فجائز.

قال أبو بكر في كتاب «التنبيه»: يجوز شهراً، وسنة.

وبهذا قال ابنُ أبي ليلى، وأبو يوسف، وداود.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: لا يجوز شرطه أكثر من ثلاث.

وقال مالك: يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث إذا احتيجَ إلى ذلك في اختيار المبيع، فإن لم يُحتَجْ إليه لم يجز.

دليلنا على جواز الزِّيادة عليه في الجملةِ: عموم قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[المائدة: ١].

وقول النَّبيِّ ﷺ: «المُؤْمِنُونَ عِندَ شُرُوطِهِمْ»[1].

وقوله ﷺ: «لِكُلِّ مُؤْمِنٍ شَرْطُهُ».

وأيضاً فإنَّ الخيارَ مدة ملحقة بالعقدِ، فجاز أن يزيد على الثلاثِ.

دليله: الأجل في الثمن.

فإن قيل: الأجل في الثمنِ لا ينافي موجب العقد؛ لأنَّ لكلٍّ واحد منهما التصرُّف في العوضِ، وليس كذلك الخيار؛ لأنَّه[2] ينافي موجب العقد، وهو التصرف؛ لأنَّ المشتريَ ممنوع منه حال الخيار، فجاز أن يُمنَع من كثيره، ولا يُمنَع من كثير الأجل.

---

(١) رواه الترمذي (١٣٥٢) وغيره من حديث عمرو بن عوف المزني ﷺ بلفظ: «... والمسلمون على شروطهم».

(٢) في «م» و«ت»: «لا».

قيل له: حبس المبيع في يد البائع ينافي المقصود، ومع هذا لا يتقدَّر بالثلاثِ عندك، وكذلك خيار المجلس ينافي، ولا يتقدَّر، وكذلك المدة في السلمِ تنافي المقصود، وتجوز أكثر من ثلاث.

وعلى أنَّ ما تدعو الحاجة إليه يصحُّ شرطه ـ وإن نافى ـ كالثلاث، وما زاد عليه قد تدعو الحاجة إليه؛ فإنَّه ليس كلُّ البيع يُخْتَبَرُ في ثلاث.

وقياس آخر، وهو: أنَّه خيار معلوم في عقد بيع، فصح.

دليله: الثلاث.

فإن قيل: الثلاث في حكم القِلَّة، فجاز أن يُعفَى عنها، وليس كذلك ما زاد عليها؛ لأنَّه في حكم الكثرة، فجاز أن يمنع منها؛ لما فيها من كثرة الغرر.

قيل له: فالزِّيادة على الثلاثِ في الأجلِ في حكم الكثرة، ومع هذا تجوز، وكذلك السنة في حق العِنِّين، والأربعة أشهر في حق الموتى، ومع هذا يجوز، وكذلك شرط الأجل في المسلمِ فيه زيادة على الثلاثِ يجوز، وإن كان في حكم الكثرة.

فإن قيل: لا يمتنع أن يجوز ذلك في الثلاثِ، ويتقدَّر به، وإن لم يجزْ في ما زاد عليه بدليل: مدة المسح في حق المسافر، وخيار التَّصْريةِ، وجُعِلَتْ مدة لانتظار العذاب بقوله تعالى: ﴿فَقَالَ تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾[هود: ٦٥].

قيل له: وقد يتعلَّق الحكم بزيادة على ذلك من الوجهِ الَّذي ذكرنا

من مدة العُنَّة، والإيلاء، وأكثر الحيض، وأكثر النفاس، والأجل في الثمنِ، والسَّلم.

وقياس آخر، وهو: أنَّه خيار للفسخ، فجاز أن يزيد على الثلاث.

دليله: خيار المجلس، وخيار الردِّ بالعيب.

فإن قيل: خيار المجلس ثبت شرعاً، فجاز أن يزيد[1] على الثلاثِ.

قيل له: خيار التَّصْرِية ثبت شرعاً، ولا يزيد على ثلاث، والأجل في الثمنِ [يثبت] شرطاً، ويزيد على الثلاثِ، فلم يصحَّ الحكم في الأصلِ والفرع.

فإن قيل: خيار المجلس لا يطول بينهما في العادةِ، فلا يكثر الغرر فيه.

قيل له: وكذلك خيار الشَّرط لا يشترط في العادةِ زيادة على الثلاثِ، فإذا شرط فهو نادر، فيجب أن يجوز، كما تجوز الزِّيادة على العادةِ في المجلس.

فإن قيل: خيار العيب لا يمنع المقصودَ بالعقد؛ لأنَّه لا يمنع جواز التصرف في المبيعِ، وهذا بخلافه.

قيل: قد أجبنا عن هذا في ما تقدَّم.

فإن قيل: خيار الردِّ بالعيبِ يقف على العلمِ به؛ لأنَّه متى علم به، فلم يطالب بالفسخ سقط حقُّه.

---

(١) في «م» و«ت»: «لا يزيد».

قيل له: إلا أنَّه لو علم بالعيبِ بعد سنة كان له الخيار، ولم يتقدَّر خيار الفسخ بالعيبِ[1] بالثلاث.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن الغررِ.

وبيع الخيار غرر؛ لأنَّه متردِّدٌ بين الصحَّة والبطلان.

والجواب عن هذا: ما تقدَّم في مسألة بيع الأعيان الغائبة بالصفةِ، وبيَّنا أنَّ الغررَ ما[2] كان الغالبُ منه عدم السلامة، كبيع الآبق، والجمل الشارد، والسمك في الماءِ، والطير في الهواءِ، وهذا معدوم هاهنا.

واحتجَّ بما روي أن حَبَّانَ بن مُنقِذٍ كانت بلسانه لُوثَةٌ، وكانت قد أصابته آمَّةٌ في رأسه، فكسرت لسانَهُ، ونازعته عقله، وكان لا يدعُ التجارة، ولا يزال يُغبَنُ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ تَبْتَاعُهَا بِالخِيَارِ ثَلاثَ لَيَالٍ، فَإِنْ رَضِيتَ فَأَمْسِكْ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا»[3].

وعاش ثلاثين ومئة سنة إلى زمان عثمان، فكان يبتاع، ويُغبَن، ويردُّ السلع على أصحابها، ويقول: رسول الله ﷺ جعلني بالخيارِ ثلاثاً،

---

(١) في «م» و«ت»: «بالعلمِ».

(٢) في «م» و«ت»: «وما».

(٣) رواه ابن ماجه (٢٣٥٥)، والدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٥) وعندهما: أنه منقذ بن عمرو. وعند أهل الحديث خلاف في تعيين من كان بلسانه الآمَّة أو اللوثة، فقيل: هو حَبَّان بن منقذ بن عمرو، أو والده منقذ بن عمرو. وانظر: «البدر المنير» لابن الملقن (٦/ ٥٣٧).

فكان يمرُّ الرَّجل من أصحاب النَّبيِّ ﷺ، فيقول للتاجر: ويحك إنَّه صدق! إنَّ رسول الله ﷺ قد كان جعله بالخيارِ ثلاثاً.

قالوا: فوجه الدَّلالة من الخبرِ من وجهين:

أحدهما: أن حَبَّانَ بن مُنقِذٍ كان أحوجَ النَّاس إلى ثبوت الخيار له، فلمَّا لم يجعلْ له النَّبيُّ ﷺ خياراً أكثر من ثلاث، دلَّ على أنَّ ذلك لا يجوز.

والثَّاني: أنَّ النَّبيَّ ﷺ حدَّ الخيار بالثلاثِ، والحدُّ إما أن يفيد المنع من الزِّيادةِ، أو المنع من النقصان؛ لأنَّه لابدَّ أن يتعلَّق به فائدة، فلمَّا لم يفدْ حدُّه المنع من النقصانِ، أفاد المنع من الزِّيادة[1].

والجواب: أنَّ الخبر مُطَّرَحُ الظاهر بدليل: أنَّه جعل له الخيار في الفسخِ من غير شرط، وليس هذا لغيره، وكان الشَّرط فيه: أنَّه نهاه عن البيعِ، فلم ينته، ولم يكلِ الخيار إلى اختياره؛ لأنَّه لم يكنْ من أهله، فقدَّره في حقه حفظاً لماله، وخصَّه بالثلاث؛ لأنَّ العادةَ أنه يُختبَرُ في مثله، فعلَّق الحكم على الغالبِ، وإن جازت الزِّيادة عليه، كخيار المصرَّاة؛ علَّقه بالثلاثِ لأنَّ الغالبَ: أنَّها تختبَرُ في ذلك، وإن جازت الزِّيادة عليه؛ لأنَّه لو لم تظهر التصْرِية إلا بعد الثلاث ملك الفسخ.

وكذلك علَّق الاستجمار بالثلاثِ، وإن جازت الزِّيادة عليه إذ لم يحصل الإنقاء بذلك، وجاز النقصان ـ أيضاً ـ إذا كان الحجر كبيراً.

---

(١) في «م» و«ت»: «نقصان الزِّيادة».

وفي هذا جواب عن قولهم: إنَّ التقديرَ إذا لم يفد النقصان منع الزِّيادة.

واحتجَّ بأنَّ الخيارَ معنى يمنع المقصود بالعقدِ، فإذا شرطه مع استغناء العقد عنه، يجب أن لا يصحَّ.

أصله: إذا قال: بعتك على أنَّ ليَ الخيار متى شئت.

وبيانه: أنَّ القصدَ من البياعاتِ الأرباح، وثبوت الخيار يمنع من ذلك؛ لأنَّه لا يمكن التصرُّف فيه.

ولا تدخل عليه مدة الثلاث؛ لأنَّ الحاجةَ تدعو إليه.

والجواب: أنَّه لا يمنع المقصود من الوجهِ الَّذي ذكرنا، وهو: أنَّه قد لا يختبر المبيع في الثلاثِ، ويحتاج إلى[1] زيادة [على][2] ذلك، والقصد من الخيارِ الاختبار، فلا نسلِّم أنَّه يمنع المقصود.

ثمَّ يبطل هذا بخيار المجلس، وحبس المبيع، والأجل في السلمِ؛ فإن ذلك يمنع المقصود، ومع هذا تجوز[3] الزِّيادة على الثلاثِ.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: أنَّها مدة مجهولة، وهذا خيار معلوم، أشبه الثلاث.

---

(١) في «م» و«ت»: «على».

(٢) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٣) في «م» و«ت»: «لا تجوز».

واحتجَّ بأنَّها مدة قدَّرها الشَّرع بالثلاثِ، أشبه مدة المسح، [. . . .][1] والصَّوم في كفَّارة اليمين، وخيار التَّصْرِية.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّ الشرعَ قدَّرها بالثلاثِ، والَّذين يذهبون إليه من حديث حَبَّانَ فقد تكلَّمنا عليه.

ثمَّ يفسد[2] بالأحجارِ؛ قدَّرها الشَّرع بالثلاثِ، ومع هذا فتجوز الزِّيادة عليه.

ويبطل ـ أيضاً ـ بخيار المُصَرَّاة، مقدرة بالثلاثِ، وتزيد عليه.

ولأنَّ ما قدَّر الشَّرع لا يجوز الزِّيادة عليه، وإن زاد على الثلاثِ، كمدَّة العُنَّة والإيلاء والحمل ونحوه، فلا معنى لقولهم: قدره بالثلاثِ.

ثمَّ الكفَّارة من جنسها ما يزيد على الثلاثِ.

وأمَّا مدة المسح فلأنَّها ضُرِبَتْ لأجل المشقة، ولا تلحق المشقة في ما زاد على الثلاثِ.

وأمَّا خيار التَّصْرِية فعندهم يجوز أن يزيد على الثلاثِ.

واحتجَّ بأنَّه خيار يزيد على الثلاثِ يمنع استقرار العقد، فلم يصحَّ.

أصل ذلك: إذا قال: ليَ الخيار متى شئت.

والجواب: أنَّه يلزم عليه خيار الردِّ بالعيب، وخيار المجلس،

---

(١) بياض في «ت» و«م».

(٢) أي: في الاستجمار، والله أعلم.

والمدة في عقد السلم، وحبس المبيع في يد البائع على قبض الثمن، جميع ذلك يمنع الاستقرار، ويجوز أن يزيد على الثلاثِ.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: أنَّه خيار مجهول، فلهذا لم يصحَّ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه خيار معلوم في عقد بيع، فصحَّ:

أصل ذلك: الثلاث.

* **فصل:**

والدَّلالة على مالك في اعتبار ما يُختبَرُ المبيع فيه: ما تقدَّم من عموم الآية والأخبار.

ولأنَّه خيار معلوم أشبه ما يُختبَرُ بمثله.

ولأنَّه لو ابتاع شيئاً يُختبَرُ[1] مثلُهُ[2] في ساعة بشرط الخيار ثلاثاً صحَّ، فلو كان ذلك موقوفاً على قدر ما يُختبَرُ في مثله لم يجزْ شرط الثلاث؛ لأنَّه لا حاجةَ به إليه، فلم يصحَّ.

والجواب: أنَّ هذا يوجب أن لا يصحَّ شرط الثلاث في بيع يستغني عنه[3].

* * *

(١) في «م»: «بخير».

(٢) في «م» و«ت»: «بمثله».

(٣) في «م» و«ت»: «آخر السادس والثلاثون».

## ٢٦٠ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا اشترى سلعةً، وشرطَ: أنَّه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيَّام، فلا بيعَ بينهما، فالبيعُ جائز:**

نصَّ عليه في رواية عبدالله في الرَّجلِ يشتري من الرَّجلِ الشيءَ، ويشترط عليه: إن لم يعطه الثمن في يوم كذا، أو ساعة كذا، فلا بيعَ لكَ: فهو جائز، ويرجع عليه في بيعه.

وكذلك نقل ابن منصور عنه في رجل باع شيئاً، وقال: إن لم تحمله غداً، فلا بيعَ بيني وبينك: فهو على شرطه.

وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشَّافعي: البيع باطل.

دليلنا: أنَّ هذا بمنزلة شرط الخيار؛ لأنَّه علَّق الإجازة والفسخ بفعله، وهو أن ينقد الثمن في الثلاثِ، فيصحَّ البيع، أو يترك نقده حتَّى تمضيَ الثلاث، فيفسخ البيع، فإذا كانت إجازته وفسخه متعلقين على فعله أشبه البيع بشرط الخيار، وقد ثبت جوازه بالسنةِ، كذلك هذا.

ولأنَّه نوع عقد فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض عن زمان، كالصرفِ والسلم.

ولا يمكن القول بموجبه في بيع الطَّعام بالطعام؛ لأنَّ التعليلَ لبيع الأعيان الَّتي لا ربا فيها، ولأنَّ بيع الطَّعام بالطَّعام يمكن أن يكون أصلاً لعلتنا أيضاً.

واحتجَّ المخالف بأنَّ هذا يؤدِّي إلى تعليق البيع على الخطر؛ لأنَّ تقديره: إذا نقد الثمن إلى ثلاثة فسأبايع، وإن لم ينقدْ لم يكنْ بينهما بيع، والبيعُ لا يتعلَّق على الخطرِ، ألا ترى أنَّه لو علَّقه بدخول الدار، وبقدوم زيد، لم يجزْ.

وليس كذلك شرط الخيار؛ لأنَّ البيعَ غير معلق فيه على الخطرِ؛ لأنَّ البيعَ واقع صحيح، والخيار مشروط للفسخ.

والَّذي يدلُّ على أنَّ هذا مفارقٌ لشرط الخيار: أنَّ هاهنا ينفسخ البيع بمضيِّ الثلاث إذا ترك نقد الثمن في الثلاثِ، وشرط الخيار يتمُّ البيع بمضي الثلاث.

والجواب: أنَّ العقدَ واقع في الوضعينِ، وليس واحد منهما معلَّقاً على الخطرِ، بل إجازته وفسخه يتعلَّقان على قوله؛ أما الجواز في مسألتنا فمعلَّقٌ على نقد الثمن في الثلاثِ، وفسخه معلَّقٌ على ترك الفسخ في الثلاثِ، وفسخه يتعلَّق على ردِّه البيع في الثلاثِ، وجميعُه[1] فعلُهُ، فلا فرقَ بين الموضعين.

ولو جاز أن يُقال: إنَّ العقدَ في مسألتنا معلق على الخطرِ، لجاز أن يُقال ذلك في شرط الخيار.

واحتجَّ بأنَّ قوله: (إن لم ينقدني، فلا بيعَ) تعليق الفسخ بالصفاتِ، وذلك لا يصحُّ، كما لو قال: بعتك بشرط الخيار، فإن قدم زيد، فلا خيار.

---

(١) في «م»: «وجميع».

والجواب: أنَّ هـذا موجـود في شرط الخيار، وأنَّـه علق الفسخ بصفة، وهو: انقضاء مدة الخيار، ومع هذا فالعقدُ صحيحٌ.

واحتجَّ بأنَّ العقدَ الَّذي يجوز تعلقه بخطر، وهو الوكالة، لا يقف فسخه على خطر، فالعقد الَّذي لا يتعلَّق على خطر أولى أن لا يقفَ فسخه على خطر.

والجواب: أنَّه يبطل بشرط الخيار.

وعلى أنَّ عقد الوكالة لما سُوِّغَ تعليقـه بالخطرِ لم يُسامَحْ بدخول الخطر في فسخه، والبيعُ لمَّا ضُيِّقَ حكم عقده حتَّى لا يجوز تعليقه بالخطرِ سُومِحَ في فسخه.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ النكاحَ لمَّا لم يتعلقِ ابتداؤه بخطر، جاز أن يتعلَّق رفعه بخطر، وهو الطلاق.

* * *

## ٢٦١ ـ مَسْألة

**إذا اشترى جاريةً على أنَّه بالخيارِ ثلاثة أيَّام، فلمسته الجارية في مدة الثـلاث لشهوة، وأقـرَّ المشتري أنَّها فعلـت ذلك، لم يبطلْ خياره:**

أومأ إليه أحمد في روايـة أبي الصقر عن رجل اشترى جارية، لـه فيها الخيار يوماً، أو يومين، فانطلق بها إلى بيته، فغسلت رأس المشتري،

وغمزت رجليه، [أو طحنت له]، أو خبزت: لم يكنْ مستوجباً حتى يبلغ منها ما لا يحلُّ لغيره، فيبطل خياره، فإن مشطها، أو خضبها، أو حَفَّها، بطل خياره؛ لأنَّه وضع يده عليها.

فقد نصَّ على أنَّ مسَّها إيَّاه بتغميز رأسه ورجليه لا يبطل خياره، وأبطل ذلك بمسِّه إيَّاها.

وقال أبو حنيفة: يبطل خياره.

دليلنا: أنَّ الخيارَ حق للمشتري، فلا سبيلَ لها إلى إبطاله، ألا ترى أنَّها لو رضيت بالقولِ لم يبطلْ خياره، كذلك إذا لمسته.

ولأنَّ لمسها معنى لو وُجِدَ من جهتها إلى البائعِ، لم يكنْ فسخاً للبيع، فإذا وُجِدَ منها إلى المشتري، لم يكنْ له إمضاء.

دليله: الخدمة من جهتها.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الفعلَ الَّذي يتعلَّق به بطلان الخيار لا يختلف وجوده من جهته، أو من جهتها، ألا ترى أنَّه لا فرقَ بين أن تشجَّ نفسها، أو يشجَّها هو في أنَّ خياره يبطل في الحالَّتينِ جميعاً، كذلك اللمس بشهوة.

والجواب: أنَّ لنا في ذلك روايتين:

إحداهما: أنَّ جنايته عليها وجنايتها على نفسها لا تمنع الرد.

فعلى هذا: لا يصحُّ القياس.

والثَّانية: تمنع.

وفيها ضعف، فعلى هذا: إذا شَجَّت نفسها، فقد فات خدمتها، فلزمه ذلك الجزء، [فلما][1] لزمه ذلك لزمه الباقي.

وليس كذلك اللمس؛ لأنَّه لا يوجب فوات جزء منها، ولا حدوث عيب بها، فلهذا فرَّقنا بينهما.

واحتجَّ بأنَّ بطلان الخيار حكم يتعلق باللمس والنظرة، فوجب أن لا يختلف وقوعها من جهتها، أو من جهته في تعلقه بها، كالتحريم لمَّا كان حكماً يتعلق بها، لم يختلف وقوعه من جهتها أو من جهته، ألا ترى أنَّها لو قبَّلته لشهوة حرمت على أبيه وابنه، كما لو قبَّلها، أو لمسها، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّه إنَّما كان وجود ذلك من جهة المشتري مبطلاً لخياره؛ لأنَّه دليل على الرِّضا منه، وهو مالك للرضا بالعقدِ، وليس كذلك وجوده من جهتها؛ لأنَّه ليس فيه دلالة على وجود الرِّضا بالعقدِ، وليسـ[ـت] مالكة للرضا بالعقدِ.

ويفارق هذا تحريم المصاهرة؛ لأنَّها لو لمست البائع ثبت تحريم المصاهرة، ولم يكن ذلك فسخاً للعقد، كذلك لا يمتنع أن يثبت التحريم هاهنا، ولا يكون ذلك مبطلاً لخيار المشتري.

* * *

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت»، وموضعه غير واضح في «م».

## ٢٦٢ ـ مَسْأَلَة

**إذا شرطَ الخيار، وسكتا عن ضربِ مُدَّتـهِ، بطل البيـع في أصحِّ الرِّوايتين:**

قال في روايـة ابن منصور في الرَّجلِ يبيع البيع بشرط، ولا يُسمِّي أجلاً: فلا يعجبني حتَّى يُسمِّي يوماً[١] أو يومين.

وهذا قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وفيه رواية أخرى: يصحُّ، ويكون لهما الخيار أبداً.

نقله ابن منصور في موضع آخر في من اشترى شيئاً بالخيارِ، ولم يسمِّ إلى متى: فله الخيار أبداً، أو يأخذه.

قال مالك: البيع صحيح، ويُضرَب للسلعة من المدةِ ما تُختبَرُ في مثلها في العادة.

دليلنا: أنَّها مدة مضروبة في عقد بيع، فإذا كانت مجهولـة، وجـب أن تقع باطلة.

دليله: الأجل في الثمنِ، والأجل في عقد السلم.

واحتجَّ المخالف بأنَّ قدر ما يحتاج إليه مُقرَّر في العُرفِ فإذا سكتا عنه، فقد دخلا في العرفِ فيه، فصحَّ.

والجواب: أنَّ الخيارَ لا تقف مدته على العُرفِ بدليل: أنَّـه لـو كان مثله يُختبَرُ في ساعة، فشرط الخيار ثلاثاً، صحَّ.

---

(١) في «ت»: «يوم».

وإذا كان كذلك فمتى شرطا خياراً مطلقاً، فليس هناك عرف مستقر يُرجَع إليه؛ لأنَّه قد يقدر مدة، فيطالبه صاحبه بزيادة عليها، أو نقصان منها.

فإن قيل: أليس[1] خيار المجلس وخيار الرد بالعيبِ مدته مجهولة، ويصحُّ؟ كذلك خيار الشرط.

قيل له: هناك ثبت شرعاً، وهذا ثبت شرطاً، وفرقٌ بينهما، ألا ترى أنَّ مدة قبض المسلم فيه لما استفيدت بالشَّرطِ، لم يصحَّ أن تكون مجهولة؟ ومدة قبض الأعيان المبيعة لمَّا لم تكنْ متعلقةً بالشَّرطِ، صحَّ أن تكون مجهولة، كذلك هاهنا.

* * *

## ٢٦٣ ـ مَسْأَلَة

**إذا شرطا أجلاً مجهولاً، أو خياراً مجهولاً، فالعقد باطل، وإن اتَّفقا على إسقاطه[2] قبل مضي جزء من المدةِ المجهولة:**

نصَّ على ذلك في الشرط الفاسد، فقال في رواية أحمد بن الحسين في من اشترى ثوباً إن جاز[3] عنه، وإلا ردَّه: لم يجز، وإن باعه بربح، لم يعجبني أن يطيب له الربح.

---

(١) في «م» و«ت»: «ليس».

(٢) أي: الشرط المخل بالعقد، والله أعلم.

(٣) كذا في «م» و«ت».

ونصَّ ـ أيضاً ـ في المزارعة: إذا شرط فيها شرطاً فاسداً، بطلت من أصلها.

ورواية أخرى: الشرط باطل، والعقد صحيح لا يُعتبَر اتِّفاقهما على إسقاطه.

قال في رواية عبيدالله بن محمَّد الفقيه: إذا ابتاع جارية، واشترط عليه أن لا يبيعَ، ولا يطأ: البيع جائز، والشَّرط باطل.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية ابن منصور: إذا استأجر بيتاً إذا شاء أخرجه، وإذا شاء خرج، فقد وجب بينهما إلى أجله.

وقال أبو حنيفة: إن اتفقا على إسقاطه قبل مضي جزء من المدةِ المجهولة صحَّ العقد.

وكذلك عندهم إذا شرط خيار أربعة أيَّام، ثم أسقط قبل اليوم الرابع.

وقال الشَّافعي: العقد باطل، ولا تلحقه الصحَّة، كالرِّوايةِ الأولى.

دليلنا: ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيعٍ وشرطٍ.

والنهي يدلُّ على فساد المنهي عنه في عموم الأحوال، وعندهم هو فاسد إذا أسقطاه صحَّ.

والقياس أنَّه عقد فاسد، وجب أن لا تلحقه الصحَّة بإسقاط ما أفسده.

دليله: إذا باع درهماً بدرهمين، ثمَّ اتفقا على إسقاط أحدهما[1].

---

(١) في «ت»: «أحديهما».

ولا يلزم عليه إذا تزوَّج الحربيُّ خمساً، ثمَّ أسلم، فاختار أربعاً؛ أنَّ عقده صحيح؛ لأنَّا لا نحكم بفساده في الأصلِ، بل نقول: إنَّه واقع صحيحاً في الجميعِ، ويعيِّن أربعاً بينهنَّ بالاختيارِ.

والدَّلالة على صحته في الجميع: أنَّه[1] لو طلَّقَ الخمسةَ قبل أن يختار ثلاثاً[2]، لم يكنْ له أن يعقد على واحدة منهنَّ إلا بعد زوج، ولو أخَّر الاختيار لزمه نفقة جميعهنَّ.

ولا يلزم عليه إذا حكم به حاكم؛ أنَّه يصحُّ؛ لقولنا: فلم تلحقه الصحَّة بإسقاط ما يفسده، وهناك لحقته بحكم الحاكم.

فإن قيل: الدرهم الَّذي تعلق به فساد العقد ليس بمعيَّن، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فلم يصحَّ إسقاطه.

قيل له: الفساد تعلَّق بالزِّيادةِ على ما في مقابلة الدرهم؛ لأنَّ التماثلَ في الوزنِ مستحقٌّ في الذهبِ والفضة، فإذا سقطت الزِّيادة فقد أسقط ما تعلق به الفساد؛ لأنَّ الفسادَ تعلق بزيادة غير معيَّنة في الظاهرِ والباطنِ، فإذا سقطت فقد زال ما أوجب الفساد، ألا ترى أنَّ في الابتداء لو بِيعَ درهمٌ بأحد الدرهمين صحَّ البيع، ولم يكن ربا[3].

فإن قيل: الفساد هناك داخل في نفس العقد، وفي مسألتنا في شرط

---

(١) في «م» و«ت»: «لأنَّه».

(٢) أي: ثلاث تطليقات، والله أعلم.

(٣) في «م»: «ولم تكن زيادة».

مُلحَقٍ بـه، فإذا أسقط الشَّـرطُ بقي العقـد عاريـاً عن المعنى الموجـب لفساده، فصح.

قيل لـه: الفساد في البدلِ وفي الأجل سواء بدلالـة تأثيـرهما في العقد الفساد.

وقياس آخر، وهو: أنَّ كلَّ ما لو لم يتَّفق المتبايعان على إسقاطـه لم يصحَّ، كذلك وإن اتَّفقا على إسقاطه.

دليله: إذا مضى جزء من المدة.

فإن قيل: إذا مضى جزءٌ من المـدَّةِ لم يمكن[1] إسقاط الماضي من المدَّة، فتمكَّن ذلك الفساد في العقـد، فبقي بحالـه، وقبل مضيٍّ جزء من المدَّةِ لم يتمكَّن الفساد، فأمكن إسقاطه.

قيل له: هذا باطل على أصله إذا شرط الخيار أربعة أيَّام، فأسقط الزِّيادة في اليومِ الثالث؛ فإنَّه يصحُّ العقد عنده، وإن كان قد مضى جزءٌ من المدةِ لا يمكن إسقاطه.

فإن قيل: تلك المدة لا توجب فساد العقد، فلهذا مُضيُّها لم يوجـبْ فساده، وليس كذلك الزِّيادة على الثلاثِ؛ فإنَّ الفسادَ بها يحصل[2]، فإذا مضى جزءٌ منها تمكن الفساد.

قيل له: إذا شرطا خيار أربعة أيَّام، فالكلُّ فاسد عنده، ولا يصحُّ

---

(١) في «ت»: «ولم تكن زيادة»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) في «م» و«ت»: «فحصل».

أن يُقالَ: إنَّ الفاسدَ منها خيار اليوم الرابع دون الثلاثـة؛ لأنَّ من مذهبه إذا شهد شاهدان؛ أحدهما بألف درهم، والآخر بألفين: أنَّه لا يحكم بشهادتهما بألف، ويزعم أنهما شـاهدان مختلفان، وإن كـان في ضمن الألفين ألف؛ لأنَّ لفظة الألفين ليست بعبارة عن ألف بحال.

ويحتجُّ أصحابـه على هـذا بأنَّ من قال: في الـدارِ ثلاثـة رجال، وكان فيها رجل واحد؛ أنَّه كاذب في جميـع خبـره، ويقولون: إذا قال النصرانيُّ: الله ثالث ثلاثة؛ أنَّه كاذب في جميع خبره، ولا يجوز أن نقول: إنه صادق في واحد، كاذب في اثنين.

فإذا كان هذا مذهب المخالف لم يصحَّ أن نقول: إنـه من شرط خيار أربعة أيَّام كان الشرط صحيحاً في ثلاث، فاسداً[1] في الزِّيادةِ، بل يجب أن يكون فاسداً[2] في الجميعِ.

فإذا كان كذلك لم يكنْ فرقٌ بين إسقاط الزِّيادة في اليـومِ الرابع، وبين إسقاطها في الثالثِ[3].

وأيضاً فإنَّهما تفرَّقا عن فساد بيع، فوجب أن لا تلحقه الصحَّة.

أصله: إذا تفرَّقا في الصرفِ والسلم قبل القبض.

فإن قيل: المعنى فيـه: أنَّ الافتراقَ حصل عن دين بدين، وهذا

---

(١) في «م» و«ت»: «فاسد».

(٢) في «م» و«ت»: «فاسد».

(٣) في «م» و«ت»: «الثلاثِ».

المعنى لا يمكن رفعه من العقدِ، وفي مسألتنا افترقا عن خيار صحيح وفاسد، وإسقاط الخيار ممكن، فإذا أسقطاه قبل تمكُّنه صار كأنْ لم يكن.

قيل له: لا فرقَ بين أن يكون الصرف عيناً بعين أو ديناً بدين في البطلانِ.

وعلى أنَّه لا فرقَ بين أن يكون جميع الخيار فاسداً[1] لأجل جهالته في جميع الأجل، وبين[2] أن يكون بعضه فاسداً وبعضه صحيحاً، فلا معنى لهذا الكلام.

واحتجَّ المخالف بأنَّ المعنى الَّذي لأجله كنَّا نحكم بفساد البيع هو الأجل والخيار، فإذا أسقطاه قبل مضي جزء منه عري العقد منه، وحصل العقد عارياً عن المعنى الموجب لفساده، فصحَّ، كما لو وقع العقد في الابتداءِ من غير شرط الخيار.

ولا يلزم عليه إذا اشترى عبداً على أن يعتقه، أو على أن لا يبيعه؛ لأنَّه لا فرقَ بينهما؛ فإنَّهما إذا أسقطاه بعد ذلك صحَّ العقد.

والجواب: أنَّه لا يصحُّ إسقاطه عندنا؛ لأنَّ الأجلَ والخيار غير ثابت، ويفارق الخيار الصَّحيح في الأجلِ الصَّحيح؛ لأنَّه ثابت، فصحَّ إسقاطه، وهذا كما نقول: إنَّ الثمنَ في البيعِ الفاسد لا يصحُّ إسقاطه،

---

(١) في «م» و«ت»: «فاسد».

(٢) في «م» و«ت»: «ومن».

والإبراء منه؛ لأنَّه غير ثابت، ويصحُّ إسقاط الثمن في البيعِ الصَّحيح؛ لأنَّه ثابت.

ثمَّ هذا يبطل إذا أسقطا أحد الدرهمين.

واحتجَّ بأنَّه شرط ملحق بالعقدِ، فجاز إسقاطه.

دليله: إذا كان الخيار معلوماً.

والجواب: أنا قد بيَّنَّا: أنَّه ليس هاهنا شرط ثابت، فيلحقه الإسقاط.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: أنَّ الخيارَ هناك صحيح، والأجل صحيح، فصحَّ إسقاطه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه فاسد، فهو كما لو أسقطاه بعد مضي جزءٍ منه.

واحتجَّ بأنَّه شرط مُلحَقٌ لا يقتضيه العقـد، فجاز أن تتعلَّق بالعقدِ أحكام الصحَّة، كالبيعِ بشرط الصحَّة.

والجواب: أنَّ وصف العلَّة ضد المقتضي؛ لأنَّ ما[1] لم يقتضيه العقد يمنع صحته.

وعلى أنَّ المبيعَ بشرط العتق مضمون بالثمنِ، فلهذا تعلق به أحكام الصحَّة، وهذا بيع فاسد، أشبه بيع درهم بدرهمين.

* فصل:

والدَّلالة على من قال من أصحابنا بصحَّة العقـد، وإبطال الشرط،

---

(١) في «ت»: «لازماً».

وإن لم يبطل: نهيُ النَّبيِّ ﷺ عن بيـع وشرط، والنهي يقتضي الفساد.

ولأنَّـه عقـد معاوضة شرط فيـه شرطاً فاسـداً، فأبطلـه، كالسلم والصرف.

ولأنَّ إسقاط الشَّرط يؤدِّي إلى جهالة الثمن؛ لأنَّه يحتاج أن يسقط من الثمنِ ما قابل الشرط؛ لأنَّه إنَّما نقصه من الثمنِ لأجل الشرط.

وهذا يلزم عليه إذا ابتاع بشرط البراءة بطل الشَّرط، وصحَّ العقـد بالمسمَّى، وإن كان الشَّرط قد قابله جزءٌ من الثمنِ.

وكذلك إذا ابتاع حُراً[1] وعبداً صحَّ العقد في العبدِ بقسطه من الثمنِ، وبطل في الحرِّ[2]، وسقط ما قابله من الثمنِ، ويبقى العبد بقسطه، وإن كنا نعلم أنَّه لو ابتاعه بقيمته لم يصح العقد، وقد صحَّ هاهنا.

واحتجَّ من ذهب إلى جواز العقـد بحديـث بريـرة، وأنَّ عائشة شرطت الولاءَ لمواليها؛ يعني: لمَّا اشترت بريرة، فأجاز النَّبيُّ ﷺ العقدَ، وأبطل الشرط.

والجواب: أنهَّ يحتمل أن يكون الشَّرط تقدَّم العقد، أو كان مقارناً للعقد، لكنَّ عائشة كانت مخصوصة بجواز ذلك الشرط، وكان نهيُهُ عن ذلك راجعاً إلى غيرها من النَّاسِ.

وقد قال أحمد في رواية الأثرم: كان قد تقدَّم من النَّبيِّ ﷺ القولُ

---

(١) في «م» و«ت»: «جزء».

(٢) في «م» و«ت»: «جزء».

فيه فتقدم [. . . .][1] على نهي النَّبيِّ ﷺ، فكان هذا تغليظاً.

ويأتي الكلام على هذا الخبر في مسألة البيع الفاسد إذا اتَّصل به القبض.

واحتجَّ بأنَّه عقد ليس من شرطه القبض في المجلسِ، أشبه النكاح، لا يبطله الشرط الفاسد.

والجواب: أنَّ الشرطَ الفاسد في النكاحِ على ضربين:

أحدهما: يفسد النكاح رواية واحدة، وهو الشَّرطُ الَّذي يمنع استقرار العقد، كشرط الخيار، أو شرطٌ يوجب التأقيت، كنكاح المحلِّل، والمتعةِ، وأنْ يطلقها في وقت بعينه، أو شرطٌ يوجب التشريك في البضعِ، كنكاح الشِّغَار، فهذا الضرب يبطل النكاح.

والضرب الثَّاني: ما لم يوجد فيه شيء من ذلك، مثل أن تشرط عليه أن لا يطأها في وقت، أو تمنعه الولد، أو يشترط عليها أن لا ينفق عليها، ولا يصدقها، وإن أصدقها رجع فيه، ويشترط هو عليها أن لا يطأها، فقال أبو بكر في كتاب «المقنع»: فيها قولان:

أحدهما: النكاح فاسد أيضاً؛ لأنَّه شرط، فأشبه الشرط الأوَّل.

والثَّاني: أنَّه صحيح؛ لأنَّ النكاحَ يصحُّ على المجاهيل، وهو مهر المثل، فلم يبطله الشَّرط، كالعتقِ والطلاق، ويفارق هذا البيع؛ لأنَّه لا يصحُّ مع الجهالة، فلهذا أبطله الشَّرط.

---

(١) بياض في «ت» و«م».

واحتجَّ بأنَّه عقد تمليك، فلا تبطله الشروط الفاسدة.

دليله: العُمرَى.

والجواب: أنَّ ذلك الشَّرط على غير العاقد، وهم الورثة؛ لأنَّ هذا الشيء كان يصير إليهم بعد موته، والشرطُ إذا كان على غير العاقد لم يُبطِل العقد، كما لو قال: بعتك هذه الدار على أن لا ينتفعَ بها فلان.

* * *

## ٢٦٤ ـ مَسْأَلَةٌ

## إذا شرطا الخيارَ لأحدهما، فاختار فسخَ العقد بغير مَحضَرٍ من الآخرِ جازَ:

وهذا على قياس قوله: إذا وجد بالمبيعِ عيباً ملك الردَّ بغير حضرته، وكذلك الوصيُّ يعزل نفسه بعد موت الموصي، والوكيل يعزل نفسه من الموكِّلِ.

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

دليلنا: ما روى عمر بن الخطَّاب ﷺ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه جعل لحبَّانَ ابن مُنقِذٍ ثلاثة أيَّام، فإن رضي أخذ، وإن سخط ترك.

ولم يفرِّق بين أن يكون بحضرة صاحبه، أو غيبته، فهو على عمومه.

وكذلك قوله ﷺ: «مَن اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً فَهُوَ بِخَيْـرِ[1] النَّظَرَيْنِ ثَلاثاً؛ إِنْ رَضِـيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا»[2].

فجعل له ردَّها في الثلاثِ، ولم يفرق بين الحضور وعدمه.

والقياس: أنَّ من لا يُعتبَرُ رضاه في رفـع العقد، لا يُعتبَرُ حضوره قياساً على الزوجةِ في الطلاقِ.

ولا تلزم عليه الإقالـة؛ لأنَّها لمَّا افتقرت إلى رضا المُقيلِ، افتقرت إلى حضوره.

ولا يلزم عليه حضور الزوجـة في مجلس اللعان، وإن لم يُعتبَرْ رضاها؛ لأنَّه يجوز لعان الزوج في غيبةٍ من المرأة.

فإن قيل: المعنى في الطلاقِ: أنَّه يقتضي إسقاط حق الزوج عن البضع، فلهذا لم يحتجْ إلى حضور المرأة، كالبراءة من الدينِ؛ لا تحتاج إلى حضور الَّذي عليه الدين، وليس كذلك البيع؛ فإنَّه يتعلَّق به حقُّ كلِّ واحد من المتعاقدينِ، فلا يجوز لأحـدهما إسقاط حقِّ[3] صاحبه إلا بحضرته.

قيل: أمَّا النكاح [فـ]ـيتعلَّق به حقُّ كلِّ واحد من الزوجين.

يدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

---

(١) في «م» و«ت»: «بأخير».

(٢) رواه البخاري (٢٠٤٣)، ومسلم (١٥١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في «م» و«ت»: «ثبت».

ولأنَّـه إذا طلَّقها قبل الدُّخول بها سقط نصف المهر، وزال سبب وجوب نفقتها في المستقبلِ، وذلك إسقاط لحقِّها.

وكذلك الرَّجعة تصحُّ في غيبتها، وهو يسقط حقها؛ لأنَّها جارية في العدةِ، وتملك نفسها بانقضائها، كما يملك كلٌّ واحـد من المتبايعينِ بانقضاء مدة الخيار، وتصح الرجعة في غيبتها، ويسقط حقها.

وأيضاً فإنَّـه فسخ بيـع في مدة خيار، فصار كما لـو فسخ بحضرة صاحبه.

ولأنَّ ما كان فسخاً للبيع بحضور أحد المتبايعين، كان فسخاً في غيبة الآخر.

دليله: وطء البائع وقبلته للأمة في مدة الخيار في غيبة من المشتري.

فإن قيل: الوطء والقبلة لم يُجعَلا للفسخ، وإنَّما ينفسخ البيع بهما من طريق الحكم، فلم يُعتبَرْ حضـور المشتري، وليس كذلك قوله: فسخت البيع، ورددته، وأبطلته؛ فإنَّـه موضوع للفسخ، فلم يصحَّ إلا بحضور المشتري.

قيل له: ما لم يُجعلْ للفسخ، إذا انفسخ به البيع في الحالين، فالَّذي وُضـعَ للفسخ أولى بذلك، ألا ترى أنَّ الكتابةَ لما وقع بها الطلاق مع القصد والنِّيَّة، كان وقوعه بالصريحِ الَّذي وُضـعَ للإيقاع بـه أولى؟ وإذا صحَّت الفرقة بالردَّةِ، كانت بالطلاقِ أولى، وإذا صحَّت الرجعة بالوطء، كانت باللَّفظِ الصريح أولى.

واحتجَّ المخالف بأنَّ فيه فسخَ البيع بغيـر مَحضَرٍ من صاحبـه، فوجب أن لا يجـوز، كما لو قال أحدهما: أقلني، ثمَّ غاب، فقال الآخر بعد غيبته: أقلتك؛ فإنَّه لا يجوز.

ولا يلزم عليه إذا كان البائع بالخيارِ، فأعتق، أو قبَّل؛ أن البيع ينفسخ، وإن لم يكن الآخر حاضراً؛ لأنَّ العتقَ والقُبَلَ ليسا بفسخ، وإنَّما ينفسخ البيع بعد القُبَلِ ونفاذ العتق من طريق الحكم.

[. . . .][1] أنَّه يجوز أن يقول في غيبته: أقلتك، ويصحُّ ذلك إذا كان على الفورِ، فلو كان واقفاً عنـد باب داره، فقال لـه: (أقلني)، ثمَّ أطبق الباب في وجهه، فقال: (أقلتك) في الحالِ، صحَّ، وإن لم يكنْ مشاهداً له.

[. . . .][2] نقيسه عليه إذا تطاول الزمان بالغيبةِ.

[. . . .][3] هناك بطل بالإعراضِ، وهو أخذه في الغيبةِ، لا بالغيبةِ، ولهذا لو كان حاضراً، فتشاغلَ بعمل آخر، ثمَّ أقاله، لم يصحَّ.

وقد قيل: إنَّـه بطل بالتَّأخيرِ، لا بالغيبةِ، ولهذا نقول: لو كـان حاضراً، وقال له: أقلتك، وهو سمعه بعد زمان متراخٍ لم يصحَّ.

وعلى أنَّه يبطل بعتق البائع وقُبَلِهِ؛ فإنَّه فسخ، وينفذ بغير حضور.

---

(١) بياض في «ت» و«م».

(٢) بياض في «ت» و«م».

(٣) بياض في «ت» و«م».

وعلى أنَّ الإقالـةَ يعتبـر فيها رضا البائع، فلهذا اعتبر حضوره، وهاهنا لا يعتبر رضاه.

واحتجَّ بأنَّ المشتري قد تعلَّق له بالعقدِ حقٌّ، وهو حصول الملك بمضي المدة، وجواز التصرف فيه، كما أنَّ المودَع قد تعلق لـه حقٌّ بالوديعة، وهو إمساكها، ثمَّ اتَّفقوا أنَّه لا يجوز للمودِع إبطالُ حقِّ المودَع بقوله: (قد فسخت الوديعة، وأبطلت حقه عن إمساكها) بغير مَحضرٍ منه، كذلك يجب أن لا يجوز للبائع إبطال حقِّ المشتري بقولـه: (قد فسخت البيع، وأبطلته) بغير محضر من المشتري.

ولا يلزم عليـه إذا استهلك البائع المبيـع في يـده؛ أنَّـه يبطل حقُّ المشتري، وإن لم يكنْ حاضراً؛ لأنَّ الاستهلاكَ ليس بفسخ، وإنَّما ينفسخ به البيع من طريق الحكم.

[. . . .][1] أنَّه يبطل بالنكاحِ؛ فإنَّه يتعلَّق [به] حق الزوجين، ويصحُّ طلاق الزوج في غيبة الزوجـة، وكذلك وطءُ البائع الجاريـةَ المبيعة في مدَّة الخيار وقُبَلُهُ في غيبة المشتري.

وعلى أنا لا نسلِّم الأصل؛ لأنَّ الوديعةَ تنفسخ، وتبطل بالفسخِ والعزل عن الإمساكِ، وإن كان في غيبة المودَع، وإذا بلغـه لزمه ردَّها عليه على حسب الإمكان، ولا يجوز له إمساكها.

---

(١) بياض في «ت» و«م».

[. . . .][1] لو كانت قد انفسخت لكانت إذا هلكت في يد المودع يجب عليه ضمانها.

[. . . .][2] الوديعة تنفسخ، ويبقى الشيء على الأمانـةِ في يده إلى أن يتمكَّن من ردِّها، ألا ترى أنَّه لو كان المودَع حاضراً، ففسخ الوديعة، انفسخت، وبقيت على الأمانةِ إلى أن يُفرِّطَ في ردِّها، فلو قام المودَع في الحالِ إلى موضع الوديعة؛ ليردها عليه، فوقع الحريق، فاحترقت قبل وصوله إلى موضعها، لم يجبْ عليه ضمانها.

واحتجَّ بأنَّ المشتريَ قد ثبت لـه حقُّ جواز التصرف بالعقدِ متى مضت المدة، كما ثبت للمضارب والوكيل والشريك جواز التصرُّف في المال، ثمَّ ليس لربِّ المال أن يفسخ المضاربـة والشركة والوكالـة بغير محضر من الآخرِ، كذلك هاهنا.

[. . . .][3] أنـا لا نسلِّم هـذا ونقول يجـوز لرب المـال أن يفسخ المضاربة والشركة والوكالة بغير مَحضرٍ من الآخرِ.

واحتجَّ بأنَّا نفرض المسألة في الردِّ بالعيب، وأنَّه ليس للمشتري أن يفسخ بغير حضور البائع، ولا حكمِ الحاكم، فنقول: كلُّ من ثبت له الخيار في فسخ العقـد لأجل العيب، لم يتمَّ الفسخ بـه وحده، واعتُبِـرَ

---

(١) بياض في «ت» و«م».

(٢) بياض في «ت» و«م».

(٣) بياض في «ت» و«م».

في حال وقوعه حضورُهُ وحضورُ غيره، كخيار امرأة العنِّين؛ أنَّه يحتاج إلى حضورها، وحضور الحاكم.

والجواب: أنَّ خيار امرأة العنِّين يختلف في تعلُّق الفسخ بها في الجملةِ، فمنهم من لا يرى ذلك، فافتقر ذلك إلى الحاكم؛ لأنَّه ممَّا يسوغ فيه الاجتهاد، وليس كذلك فسخ البيع بالخيارِ والعيب؛ لأنَّـه مُجمَعٌ عليه في الجملةِ، وإن اختُلِفَ في مواضعه، فلم يُعتبَرْ فيه رضا ولا قضاء، كخيار المطلقة.

* * *

## ٢٦٥ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا ابتاع شيئاً وشرط الخيار لغيره صحَّ؛ سواء شرط الخيار لنفسه، وجعله وكيلاً له في الإمضاءِ والردِّ، أو شرطه[1] للوكيل دونـه، إلا أنَّـه إن شرطه لنفسه، وجعله وكيلاً، كـان لـه دون الوكيل، وإن شرطه للوكيل، كان الخيار لهما:**

وقد قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا قال لرجل: زوجتك بنتي إن رضيت أمُّها، وهي صغيرة، لا أرى شيئاً وقع بعدُ حتَّى ترضى أمها.

وظاهر هذا: أنَّها إذا رضيت صحَّ، ولزم العقد، وهذا خيار لغير العاقد.

---

(١) في «م» و«ت»: «وشرطه».

وقال أصحاب أبي حنيفة: يصحُّ، ويكون لهما.

وقال أصحاب الشَّافعي: إن شرطه له، وجعله وكيلاً في الإمضاءِ والردِّ صحَّ وجهاً واحداً، وإن شرطه للوكيل فعلى وجهين:

أحدهما: لا يصح.

والثَّاني: يصحُّ.

وهل يكون للوكيل، أو لهما؟ على وجهين.

والدَّلالة على أنَّه إذا شرطه لنفسه، وجعله وكيلاً في الإمضاءِ والردِّ يصحُّ: أنَّه إذا جاز أن يكون وكيلاً في أصل البيع، جاز أن يكون وكيلاً في الخيارِ، بل هذا أولى.

والدَّلالة على أنَّه يصحُّ إذا كان لغيره: أنَّه خيارٌ مستفاد بالشَّرطِ، وكان لمن شُرِطَ له.

دليل[ـه]: لو[1] شرطاه لأحد المتبايعين؛ فإنَّه يكون له، كذلك هاهنا.

والدَّلالة على أنَّه يكون لهما: أنَّه إذا ثبت بهذا الدَّليل أنَّه يكون لمن شُرِطَ له، وجب أن يكون للموكِّل أيضاً؛ لأنَّ هذا فرعه، وعنه ملك، فاستحال أن يكون للوكيل زيادة على موكِّله.

[و][2]احتجَّ من منع صحته للوكيل بأنَّه[3] لا يصحُّ أن يُملِّكني ملكَ

---

(١) في «م» و«ت»: «فلو».

(٢) الواو ليست في «ت».

(٣) في «م» و«ت»: «فإنه».

غيري، ويَملِك ملكي بغير أمري.

والجواب: أنَّه ملكه بأمره.

وعلى أنَّه يلزم عليه إذا جعل الخيار لأحدهما.

واحتجَّ بأنَّ خيار الشَّرط لينظرَ كلٌّ واحد من المتبايعينِ الحظَّ في الفسخِ والإمضاء، وهذا يستحيل أن يكون لمن لا حظَّ له فيه، وإنَّما يكون له الحظ.

والجواب: أنَّه يكون لمن له الحظُّ، أو من يقوم مقامه، وهذا الوكيل قائم مقامه، فيجب أن يصحَّ، كما صحَّ التوكيل في أصل العقد، وإن كان القصد بالعقد طلب الحظ.

* * *

## ٢٦٦ ـ مَسْأَلَة

**إذا اشترى رجلان من رجلٍ عبداً على أنَّهما بالخيارِ ثلاثة أيَّامٍ، فرضيَ أحدُهما، كان للآخرِ أن يردَّ نصيبَهُ خاصَّةً على قياس قوله: إذا اشترى رجلان عبداً، فوجدا به عيباً، فرضي أحدهما، كان للآخر أن يردَّ نصيبَهُ خاصَّة:**

نصَّ عليه في رواية ابن القاسم في من اشترى ثوباً بينه وبين آخر، فوجد به عيباً، فرضي أحدهما، ولم يرضَ الآخر: فإن شاء أخذ أرشَ الثوب بقدر حصَّته، وإن شاء ردَّ نصفه على البائعِ.

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: ليس له أن يردَّ نصيبه.

دليلنا: أنَّه رد جميع ما ملكه بالعقدِ بخيار الشَّرط، فجاز له ذلك من غير رضا البائع.

دليله: إذا اشتريا صفقتين.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ البائع فرَّق الصفقة فيها، وليس كذلك في مسألتنا؛ فإنَّ البائعَ لم يُفرِّق الصفقة في النِّصفينِ، وإنَّما جمع بينهما، وخرج جميع العبد من ملكه صفقة واحدة، فلم يَجزْ تبعيضُها في الفسخ.

قيل له: بيعُهُ من اثنين تبعيضٌ للصفقة؛ لأنَّ ذلك بمنزلة أن يقول: بعتك النِّصف بكذا، وبعتك النِّصفَ الآخر بكذا، أو قوله: (بعتكما) بنيَّته على الاختصار قائمٌ مقامَ تكرار اللَّفظ، وكان بيعُه من أحدهما غيرَ بيعه للآخر.

فإن قيل: لو كان في حكم الصفقتين، لجاز أن يقبل البيع في نصيبه دون الآخر، كما يجوز ذلك في الصَّفقتين.

قيل له: يجوز ذلك.

ويبيِّن صحة هذا، وأنَّهما[1] في حكم الصفقتين: أنَّه لو اشترى رجلان من رجل شِقْصاً في دار، جاز للشَّفيع أن يأخذ نصيبَ أحدهما دون الآخر، كما لو اشترياه في صفقتين، فدلَّ على أنَّ شراء الاثنين من

---

(١) في «ت»: «وليهما»، وموضعها غير واضح في «م».

واحد ـ وإن كان صفقة واحدة ـ في حكم الصفقتين.

فإن قيل: إنَّما يجوز أن يأخذ أحدهما دون الآخر؛ لأنَّه ليس فيه تفريقُ الصفقة على واحد.

قيل له: قد بيَّنَّا أنَّه هو المبعِّضُ للصفقة، فجرى مجرى ما لو أفرد كلَّ واحد منهما بالعقدِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه خرج العبد عن ملك البائع صفقة واحدة، فلا يجوز ردُّ بعضه إليه إلا برضاه، كما لو كان المشتري واحداً.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم: أنَّه خرج صفقة واحدة، وإنَّما هو صفقتان من الوجه الَّذي ذكرنا.

وأمَّا إذا كان المشتري واحداً، فلم يـردَّ جميـعَ ما ملكه بالعقدِ، وهاهنا قد ردَّ جميعَ [ما] ملكه بالعقـد بخيـار الشَّرط، أشبه إذا اشترياه صفقتين.

واحتجَّ بأنَّ خيار الشَّرط يمنع تمام الصفقة، فلو جاز لأحدهما أن يردَّ نصيبه خاصَّة، لكان فيه تفريق الصفقة على البائعِ في الإتمام، وهذا لا يجوز، ألا ترى أنَّه لو أوجب في عبدين لم يجزْ للمشتري أن يقبل البيع في أحدهما دون الآخر، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّا قد بيَّنا: أنَّ البائعَ فرَّق الصفقة على نفسه.

وأمَّا إذا أوجب في عبدين لواحد، فقبل في أحدهما، لم يصحَّ؛ لأنَّه قبل في بعض ما أوجبه العقد، فمثاله: أن يردَّ بعض ما ملكه بالعقدِ، فلا يجوز.

واحتجَّ بأنَّ العبدَ خرج من ملك البائع صفقة واحدة غير مَعيبٍ بالشركةِ، فلا يجوز ردُّ بعضه إلى ملكه مَعيباً بالشركـةِ إلا برضاهما، كما لو كان المشتري واحداً، ووجد به عيباً، لم يجزْ لـه أن يرد بعضه، كذلك هاهنا.

قالوا: والشركة عيب؛ لأنَّه ينقص الثمن عند التُّجار في العادةِ، ولهذا نقول: لو تزوَّج امرأة على دار، فاستحقَّ بعضها، كان لها أن تردَّ الباقي لأجل الشركةِ؛ لأجل أنَّها عيب.

والجواب: أنَّ البائعَ هو الَّذي بعَّض الملك على نفسه حيث باعه من نفسين؛ لأنه يعلم أنَّ الَّذي يؤول[1] إليهما مبعَّضٌ[2]، إلا أنَّ هناك يؤول[3] مبعَّضاً في وقتين، وهاهنا في وقت واحد.

وأمَّا إذا كان المشتري واحداً فلأنَّ عقد البيع في الأصلِ لم يتضمَّن التفريق، فأمَّا المشتريان فالملك تفرَّق عليهما بأصل العقد.

* * *

## ٢٦٧ ـ مَسْأَلَة

### خيارُ الشَّرط لا يُورَثُ:

نصَّ عليه في رواية الأثرم وابن منصور.

---

(١) في «م» و«ت»: «يزول».

(٢) في «م» و«ت»: «مبعَّضاً».

(٣) في «م» و«ت»: «يزول».

وهو قول أبي حنيفة وداود.

وقال مالك والشَّافعي: يُورَثُ.

دليلنا: أنَّه مدة ملحقة بالعقدِ، أو مدة مضروبة في البيعِ، فوجب أن تبطل بالموتِ، كالأجل.

فإن قيل: هذا لا يصحُّ على أصلكم؛ لأنَّ حنبلاً وأبا الحارث وابن ثواب نقلوا عن أحمد: أنَّ الأجلَ لا يبطل بالموت.

قيل له: ونقل ابن منصور عنه: إذا أفلسَ لم يَحلَّ دينه بالموتِ أحرى أن يحلَّ دينه.

فعلى رواية ابن منصور القياس صحيح، وعلى رواية غيره ـ أيضاً ـ: إذا لم يوثق الورثة، كان لصاحب الدين المطالبة في الحال.

فإن قيل: الأجل حق للمشتري، وفي تبقيته بعد موته ضرر على الميتِ وعلى ورثته:

أمَّا على الميتِ فلِمَا رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: «وَإِنَّ نَفْسَ المُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حتَّى يُقْضَى[1] عَنْهُ»، رواه أبو هريرة[2].

وأمَّا على ورثته؛ فإنَّه لا يجوز تصرُّفهم في التركةِ.

فلذلك سقط بالموت.

---

(١) في «م» و«ت»: «ينقضي».

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٥٠٨)، والترمذي (١٠٧٨)، وابن ماجه (٢٤١٣).

قيل له: أمَّا دخول الضرر على الميتِ فغير مؤثِّر في ذلك؛ لأنَّه لو مات، وعليه دين مؤجَّل، وتركتُهُ دينٌ مؤجَّلٌ له على غيره، لا تركةَ له غيرها؛ فإنَّ الميت لا ضررَ عليه في بقاء الدين الَّذي عليه؛ لأنَّه غير مطالب به؛ إذ لا تركة له ليُستوفَى منها الحال؛ لأن تركته مؤجَّلة، ومع هذا فالدين الَّذي عليه حالٌّ.

وعلى أنَّ الضررَ إنَّما يدخل على الميتِ عند محلِّ الأجل، فأمَّا قبل المحل، فلا ضرر عليه؛ لأنه غير مُطالَبٍ به، ألا ترى أنَّه في حال الحياة لا يُطالبُ به قبل الأجل.

وأمَّا دخول الضرر على الورثةِ، فلا يصحُّ؛ لأنَّه لو كان الدين على بعض الورثة مؤجَّلاً، فإنَّ له في ذلك فائدة في تأخيره عليه، فكان يجب أن تتأخَّر المطالبة.

على أنَّ الشيءَ إذا كان موروثاً انتقل إلى الورثةِ، وإن استضرُّوا به، كما ينقل العبدُ المقطوع اليدين والرِّجلين، والترابُ الموضوع في ملك الغير، فيلزم الوارث نقله.

وعلى أنَّ للورثة في الأجلِ فائدة، وهو أن يتأخَّر بيع التركة، ولا يتعجَّل في الحالِ، فتتغير أسعارها.

ولأنَّا نلزمهم جواز تصرف الورثة، لو بقي الأجل، كما أنَّ الوليَ يتصرف في الحسابِ المأذون له إذا كان عليه دين مؤجل.

فإن قيل: الموت يوجب نقل الدين إلى التركةِ، ولو بقي الأجل

لبقي في الأعيانِ، وتأجيل الأعيان لا يصحُّ، ألا ترى أنَّه لو قال: بعتك هذا العبد على أن أسلمه بعد شهر، لم يصحَّ قبل الَّذي عليه[1].

قيل له: لو كان كذلك لبطل الرهن بدين الميت؛ لأنَّ الحقَّ انتقل إلى العينِ، والرهنُ بالأعيانِ لا يصحُّ، دلَّ على بطلان هذه الطريقة.

ولأنَّ المدينَ لو لم يتركْ إلا ديناً على وارثـه سقط الأجل، وإن كان يثبت في دين، ولا يتعلَّق بعين.

ولأنَّ الموت يسقط التأجيل من طريق الحكم، فسقط الخيار.

دليله: انقضاء مدَّة الخيار ومدة الأجل.

وقياس آخر، وهو: أنَّه حقٌّ ليس فيـه معنى المال والوثيقة، فجاز أن [لا][2] ينتقل إلى الوارثِ.

دليله: خيار القَبول والإقالة والوكالة والمضاربة.

ولا يلزم عليه إذا اشترى عبداً على أنَّه خبَّاز، فوجده بخلاف ذلك؛ لأنَّ هذا الخيار فيه معنى المال بدلالة: أنَّه لو لحقه عيبٌ عند المشتري، رجع بنقصان ذلك.

وكذلك خيار الردِّ بالعيبِ فيه معنى المال؛ لأنَّه مُعوَّض عنه بمال، وينتقل إلى الأرشِ عند تعذُّر الفسخ.

وهذه أجود طريقة في المسألةِ، لكن يلزم عليها حدُّ القذف إذا

---

(١) كذا في الأصل.

(٢) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

طالب به الميت؛ أنّه يورث، وليس [فيه] معنى المال، وقد احترزنا عنه بقولنا: فجاز أن لا ينتقل إلى الوارثِ، فإذا كان التعليل للجواز لم تلزمْ عليه أعيان المسائل.

ويجاب عنه بجواب آخر: أنَّه إذا طالب بالحدِّ قبل الموت ما انتقل إلى الوارثِ، وإنَّما يستوفى بحكم المطالبة من الميتِ، فنظيره في مسألتنا: أن يختار، ثمَّ يموت.

فإن قيل: المعنى في خيار القبول والإقالة: أنَّه حقٌّ غير ثابت بدلالة: جواز الرجوع عنه، وخيار الشَّرط ثابت.

قيل له: ملك الموهوب له غير ثابت بدلالة: أنَّ للواهب الرجوع، ومع هذا لا يُورث، وملكُ البُضعِ والأجل وعقد الكتابة ثابت، ولا يُورث.

فإن قيل: خيار القبول يبطل بالافتراقِ، والموت أعظم من الافتراقِ، وخيار الشَّرط لا يبطل بالافتراق.

قيل له: خيار المجلس يبطل بالافتراقِ، ولا يبطل بالموتِ عندكم، والأجلُ لا يبطل بالافتراقِ، وكذلك النكاح، ومع هذا يبطل بالموتِ.

وعلى أنَّ خيار القبول إنَّما بطل بالافتراقِ؛ لأنَّه[1] يدلُّ على الإعراض، والميت لم يوجدْ منه إعراض، فكان يجب أن لا يبطل خياره.

فإن قيل: إنَّما لم يكن للوارث أن يقبل البيع أو الإقالة؛ لأن من شرط القبول أن يوجد عقيب الإيجاب، فإذا مات المشتري قبل القبول،

---

(١) في «م» و«ت»: «ولأنَّه».

ووارثُهُ غائبٌ عن المجلس، تراخى القبول، فلم يجز.

فإن قيل: قد قال أصحابنا: إنَّه يجوز.

قيل له: هذا خلاف الإجماع، ثمَّ هذا فاسد؛ لأنَّ البائعَ إنَّما أوجب البيع لزيد، وكيف يجوز أن يقبله عمرو؟ ولو جاز هذا لجاز أن يقبله الأجنبي، وهذا ظاهر الفساد.

وقد قال أحمد في رواية إسحاق بن هانئ: لا تجوز معاقدة الأب إلا بشهودٍ وقَبولِ الزوج، وقوله: (قد قبلت)، ولا يجوز قوله: (قد قبلتُ) بعد وفاة الأب.

وإن شئت قلت: إنَّما جُعِلَ له الخيار ليرتئي؛ فيأخذ المبيع، أو يرده، والرأيُ لا يُورثُ بدليل: خيار القبول، وخيار الإقالة؛ فإنَّ الوارثَ لا يقوم مقام المشتري في الرأي في القبول في الشراء وفي الإقالة.

وكذلك المضارب والشريك لا يقوم الوارث مقامَ الميت في ما جُعِلَ إليه من الارتياء[1] في التصرُّفِ[2]، والامتناع منه.

ولا يلزم عليه خيار العيب؛ لأنَّ الوارثَ ليس يرث الرأي، وإنَّما يرث بدل جزء فائت، [قد] أخذه[3] البائع، ولم يسلم الجزء بإزائه، فيُطالبُ البائعَ، كما يطالب [بـ]ـسائر ديونه، [و]خيار الشَّرط ليس هناك

---

(١) الكلمة غير واضحة في «ت»، وموضعها بياض في «م».

(٢) في «م»: «الصرف».

(٣) في «م» و«ت»: «فيأخذه».

إلا الرأي، والرأيُ لا يُورثُ.

وقياس آخر، وهو: أنَّ كلَّ من ثبت له خيار من جهة الشَّرط؛ فإنَّه لا ينتقل إلى وارثه.

دليله: إذا خيَّر رجلاً في طلاق زوجته، فمات قبل إيقاع الطلاق؛ فإنَّه[1] لا ينتقل إلى وارثه.

وكذلك الوكيل بالبيعِ إذا شرط الخيار، ثمَّ مات، لم ينتقلْ إلى وارثه.

وكذلك إذا شرط الخيار للأجنبي، فمات، لا ينتقل إلى ورثته.

ولا يلزم عليه إذا اشترى عبداً على أنَّه كاتب، أو خبَّاز، فلم يجده على الصفةِ المشروطة؛ لأنَّ هذا الخيار لم يثبتْ من جهة الشرط، وإنَّما ثبت بعدم الصفة المستحقة، فهو كخيار العيب[2].

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ الخيارَ ثبت من جهة الوكالة، والوكالةُ تبطل بالموتِ، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّه لم يثبتْ من جهة الوكالة.

قيل له: خيار القبول يثبت للمشتري من غير جهة الوكالة، وكذلك خيار الرجوع في الهبة، ومع ذلك فلا ينتقل الخيار في الأصلِ الَّذي قسنا عليه.

---

(١) في «م» و«ت»: «وإنَّه».

(٢) في «م» و«ت»: «البيع».

فإن قيل: إنما لم ينتقل الخيار إلى وارث الوكيل، لأنَّه حق متعلِّق بالبيعِ، والمبيعُ لا ينتقل إليه، فلا ينتقل الحقُّ المتعلقُ بـه، وليس كذلك في مسألتنـا؛ لأنَّ المبيـعَ ينتقل إلى وارث المشتري، فيجـب أن يتعلق الحق المتعلق به.

قيل له: هذا يبطل بالبائعِ والمشتري إذا كانا بالخيارِ، وماتا جميعاً؛ أنَّ المبيعَ ينتقلُ إلى ورثة أحدهما، والخيار ثبت لورثة كلٍّ واحـد منهما، فينقل الخيار إلى من لا ينتقل إليـه المبيعِ، فبطل أن يُقالَ: إنَّ وارث الوكيل لا ينتقل إليه الخيار.

ويبطل ـ أيضاً ـ بخيار القبول في البيعِ وفي الإقالة.

وقياس آخر، وهو: أنَّه حقٌّ فسخ ثبت لا لفوات معنى، فلا يُورثُ، كالرجوعِ في الهبة.

فإن قيل: الرجوع في الهبةِ ثبت للأب لفضيلتـه، وهذا المعنى لا يوجد في وارثه.

قيل له: فلو وهب الجدُّ لابن ابنه، ثمَّ مات، فورثه الأب، لم يجزْ له الرجوع مع وجود الفضيلة.

وهذه الطريقة أجود الطرق، والاعتماد عليها.

واحتجَّ المخالف بما رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنه قال: «مَنْ تَرَكَ كَلاًّ أَوْ دَيْناً فَعَلَيَّ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً أَوْ حَقّاً فَلِوَرَثَتِهِ»[1].

---

(١) رواه البخاري (٢١٧٦) من حديث أبي هريرة ﷺ.

والخيارُ حقٌّ[1] من الحقوق.

والجواب: أنا نقول: أثبتوا أنَّه قد ترك الخيار حتَّى يدخل تحت الظاهر؛ فإنَّ عندنا أنَّ خياره يبطل بموته.

وعلى أنَّا نحمله على الديونِ ونحوها بما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّ الموت معنى يزيل التكليف، فوجب أن لا يقطع الخيار، كالجنونِ والإغماء.

والجواب: أنَّ الإغماء لا يزيل التكليف عندنا.

وعلى أنَّه لا يجوز اعتبار الموت بالجنـون والإغماء؛ لأنَّ خيار الوكيل يبطل بموته، ولا يبطل بالجنونِ والإغماء، وكذلك خيار الرجوع في الهبةِ، وكذلك الشركة والوكالة والمضاربة والنكاح والكتابة.

واحتجَّ بأنَّه خيار ثابت في عقد بيع، فجاز أن يقوم الوارث فيه مقامَ مورِّثه[2].

دليله: خيار العيب.

والجواب: أنَّه لا تأثيرَ لقوله: (في بيع)؛ لأنَّ الإجارةَ والصلح والصداق والخلع سواء.

وربَّما قالوا: خيار ثابت في عقد معاوضة محضـة، فقام الوارث مقامه فيه.

---

(١) في «م» و«ت»: «حقاً».

(٢) في «م» و«ت»: «موروثه».

دليله: خيار الردِّ بالعيبِ.

وفيه احتراز من خيار القبول والإقالة؛ لأنَّه غير ثابت، ألا ترى أنَّ لصاحبه أن يبطلَهُ بأنْ يرجع في الإيجابِ.

وقوله: (معاوضة محضة) احتراز من المكاتبِ؛ أنَّه بالخيارِ، ثمَّ إذا مات بطل خياره؛ لأنَّ الكتابةَ ليست بمعاوضة محضة.

وربَّما قالوا: خيار ثابت لفسخ معاوضة لا يبطلها الموت، أشبه خيار العيب.

ولا تلزم عليه الكتابة؛ لأنَّه يبطلها الموت.

وربَّما قالوا: خيار ينفرد به كلٌّ واحد من المتبايعينِ، فجاز أن يقوم الوارث فيه مقام مورِّثه[1]، كالعيبِ.

وفيه احتراز من خيار القبول والإقالة؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما لا ينفرد به، ألا ترى أنَّ لصاحبه أن يمنعه من القبولِ بأنْ يرجعَ في الإيجاب، وخيار الثلاث ينفرد به كلٌّ واحد منهما؛ لأنَّه ليس لصاحبه أن يمنعه منه، كخيار العيب.

والجواب: أنَّ هذه الأصناف تبطل بخيار الوكيل؛ أنَّه ثابت في عقد معاوضة محضة، ولا تبطل تلك المعاوضة بالموتِ، وينفرد به كلُّ واحد من المتبايعينِ، ومع هذا لا يقوم الوارث مقامه.

وتبطل بخيار الإقالة؛ فإنَّه ثابت، ويبطل بالموتِ.

---

(١) في «م» و«ت»: «موروثه».

وليس إذا ملك إبطاله لم يكنْ ثابتاً بدليل: حق الرجوع في الهبةِ، وإذا كان الخيار لهما أيضاً؛ فإنَّه ثابت، وإن ملك إبطاله.

وعلى أنَّ خيار العيب آكد؛ لأنَّه يثبت في الصرفِ والسلم والنكاح، ولا يثبت خيار الشَّرط.

ثمَّ المعنى في خيار العيب: أنَّ فيه معنى المال؛ لأنَّ العقدَ اقتضى تسليم المعقود عليه صحيحاً، فإذا سلَّمـ[ـه] معيباً، فقد حبس جزءاً من المبيعِ، وقد أخذ بدل ذلك الجزء، ولم يكن مستحقاً له، فجُعِلَ للمشتري التوصل إلى استدراك ذلك الجزء، فإذا مات قبل وصوله إليه، قام وارثه مقامه في التوصلِ إليه، كما يقوم مقامه في سائر أمواله وديونه.

ويبيِّن صحَّة هذا: أنَّ للمشتري أن يصالح البائع عن ذلك الجزء على مال، كما يجوز أن يصالح عن سائر الديون، فلو لم يكنْ فيه مال، وكان بمنزلة خيار الشَّرط، لما جاز الصلح عنه على مال، [كما] لا يجوز الصلح عن خيار الشَّرط.

ويبيِّن صحَّة هذا: أنَّه متى تعذَّر ردُّه بالهلاكِ أو نحوه، ثبتت المطالبة بالمالِ، وهو الأرش، ولو لم يكنْ هناك إلا الخيار لما ثبتت المطالبة بالمالِ عند تعذُّر الردِّ، كما لا تثبت في خيار الشرط.

فإن قيل: ما يأخذه من الأَرشِ ليس في مقابلة الخيار، وإنَّما هو في مقابلة الجزء الفائت.

قيل له: إلا أنَّه إنَّما استُحِقَّ الأرش عندك عند فوات الخيار، وليس

هذا المعنى موجود[اً] في خيار الشرط؛ لأنَّه لو فات بانقضاء مدَّته لم يُستحَقَّ به مالٌ بحال.

وجواب آخر، وهو: أن خيار الردِّ بالعيبِ غير موروث، وإنَّما ثبت للورثةِ ابتداء، ألا ترى أنَّه لو مات المشتري قبل قبض المبيع، وحدث بالمبيعِ عيبٌ في يد البائع، ثبت الخيار للورثة ابتداء؛ لأنَّ المشتريَ له الخيار في حياته، فلا يجوز أن يكون موروثاً.

فإن قيل: لا يجوز أن يثبت للورثة خيار الردِّ بالعيب؛ لأنَّهم لم يملكوا المبيع بالعقد، وإنَّما يثبت الرد لمن ثبت له العقد.

وأمَّا حدوث العيب بعد موت المشتري؛ فإنَّما[1] يثبت للوارث حقُّ الرد؛ لأنَّه يثبت للمشتري؛ لأنَّه مضمون على البائعِ بعقد البيع، فصار ما حدث من العيبِ كأنَّ[ه]موجود[2] حال العقد، ويثبت للمشتري، وانتقل إلى الورثةِ ميراثاً، كما نقول: إنَّ من حفر بئراً في طريق المسلمين، ثمَّ مات، فوقع فيها إنسان، أو بهيمة فماتت، وجب الضمان على الميت، وتعلق بميراثه[3] بمنزلة وجوده في حال الحياة؛ لوجود السبب الَّذي تعلَّق به الضمان في حال الحياة.

قيل له: فخيار القبول سبب في ثبوت الملك، وقد وُجِدَ في حال

---

(١) في «م»: «فإنه».

(٢) في «م»: «موجوداً».

(٣) في «م»: «ميراثه».

حياته، ومع هذا لا يُورَث، وكذلك خيار الإقالة.

واحتجَّ بأنَّ الخيارَ من حقوق الملك، ومن ورث شيئاً ورثه بحقوقه، كما لو ورثوا داراً ورثوها بحقوقها، وكذلك لو ورثوا ديناً، وبه رهنٌ، ورثوه بحقِّه، وهو إمساك الرهن.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم أنَّ الخيارَ من حقوق الملك، بل هو من حقوق العقد، كالأجلِ.

ثمَّ يبطل ما قالوه بمن أوصى بخدمة عبده؛ أنَّ الملكَ ينتقل إلى الورثةِ، ولا تنتقل لهم حقوق الملك من المنافعِ.

واحتجَّ بأنَّ الخيارَ شرط لينظرَ كلُّ واحد ما له فيه الحظُّ، وهذا المعنى موجود في الوارث.

والجواب: أنَّ الوكالةَ عُقِدَت لحظِّ الموكِّل[1]، وورثته يحتاجون إلى هذا الحظ، ولا يثبت لهم.

وكذلك المضاربة وخيار الإقالة أثبته البائع لحظِّ المشتري، ووارثه يحتاج إلى هذا المعنى، ولا يثبت له.

واحتجَّ بأنَّ الخيارَ حقٌّ لازم يتعلَّق بعينٍ، لا يبطل بموت المُستحَقِّ عليه، فوجب أن لا يبطل بموت المُستحِقِّ.

دليله: الرهن.

---

(١) في «م» و«ت»: «الوكيل»، والمشهور استعمال كلمة (الوكيل) بمعنى (الموكَّل) لا (الموكِّل)، والله أعلم.

والجواب: أنَّ هذا باطل بالكتابةِ على أصلهم؛ فإنَّها لازمة من جهة المولى، ولا تبطل بموته، وتبطل بموت المُكاتَب.

وإذا تزوَّجَ أمَـةَ[1] غيـره؛ أنَّ حق الزوج لا يبطل بموت المستحَقِّ عليه، وهو المولى، ويبطل بموت المستحِقِّ.

فإن قيل: الأمة يُستحقُّ عليها، ويبطل بموتها.

قيل له: الأمة لا تملك شيئاً، فيستحق عليها، وإنَّما الملك للمولى، فالاستحقاق يقع عليه.

ولو جاز أن يُقالَ ذلك في النكاحِ لجاز أن يُقالَ في الرَّهنِ إذا كان المرهون أمةً: إنَّ المستحَقَّ عليه الأمة، ويبطل بموتها.

ثمَّ الرهن فيـه معنى المال، فلهذا لم يبطلْ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه حقٌّ ليس فيه معنى المال، أشبه خيار القبول والإقالة، ولهذا قلنا في خيار القِصاص والكفالة: لا يبطل؛ لأنَّ فيه معنى المال، وهو الانتقال إلى الدِّيةِ وإلى ذِمَّةِ الكفيل.

واحتجَّ بأنَّه لو طالب بالخيارِ قبل الموت، ومات؛ فإنَّه يُورَث عنه، كذلك إذا لم يطالب.

والجواب: أنَّه لو طالب بردِّ الهبة، ومات، ملك وارثـه المطالبـة بالعين، ولو مات قبل ذلك لم يملكْ.

واحتجَّ بأنَّ عقدَ البيع باقٍ، وزمان خيار الشَّرط باقٍ، ولم يوجد

---

(١) في «م»: «امرأة».

ممَّن له الخيار رضاً بتركه، فوجب أن يكون الخيار باقياً.

أصله: إذا كان من له الخيار باقياً.

والجواب: أنَّه لا يمتنع أن لا يوجدَ ممَّن له الخيار رضا، ويسقط خياره، كما لو أعتقَ الآخرُ إذا كان الخيار لهما.

ويبطل به إذا كان الخيار للمشتري، فحدث عن[د]ه عيبٌ في مدَّة الخيار؛ فإنَّه يبطل خياره.

ثم نقلبه فنقول: فلا نثبت الخيار لمن لم يثبت لـه بالعقدِ، كما لو كان العقد باقياً.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: أنَّـه لم يحدثْ ما يسقطُ التأجيـلَ حكماً، فلم يسقط الخيارُ حكماً، وفي مسألتنا الموت يسقط التأجيل من طريق الحكم، وكذلك يسقط خيار الشَّرط.

واحتجَّ بأنَّ الخيارَ لعقد الصفـة المشروطـة إذا وُرِثَ، فالخيـار المشروط أولى بذلك؛ لأنَّ الصفة تثبت بالشَّرطِ، ولولا الشَّرط لم تثبت الصفة بمطلق العقد، وثبت الخيار بفقدها، فالخيارُ الَّذي يثبت بالشَّرطِ من غير واسطة أولى بالتأكيدِ والتَّبقيةِ بعد الموت.

والجواب: أن ذلك الخيار لم يثبتْ شرطاً، وإنَّما ثبت بعدم الصفة المستحقة فهو كخيار العيب.

والَّذي يبيِّن صحَّة هذا: أنَّه لو حدث في المبيعِ ما يَمنعُ الردَّ، كان له الرجوعُ بأرشِ ذلك.

واحتجَّ بأنَّ خيار الشَّرط إذا ثبت فهو حقٌّ من حقوق البيع متعلِّقٌ بعين المبيع، فوجب أن يُورَثَ.

أصله: التمسك بالمبيعِ حتَّى يستوفيَ الثمن، ووجـوب التسليم إذا استوفاه، وخيار الردِّ بالعيبِ، وخيار فقد الصفة.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم أنَّه من حقوق البيع، وإنَّما هو معنى عارض يجوز أن يوجد في البيعِ، ويجوز أن لا يوجد في البيعِ.

ولا نسلِّم ـ أيضاً ـ أنَّه متعلِّق بعين المبيع، وإنَّما يثبتْ به فسخ العقد في المبيعِ، فهو كخيار الإقالة.

فأمَّا الإمساك والتسليم فهي موجبات البيع، فتجري مجرى الملك، فتثبت لوارث المتبايعين.

وأمَّا الخيار بفقد الصفة فهو خيـار العيـب؛ لأنَّ الشرطَ أوجب كون البيع على صفة، فيجب الخيار بعدمها.

* * *

## ٢٦٨ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا مضت مدَّةُ الخِيارِ، ولم يكنْ من مُشترطِهِ ردٌّ ولا إجازةٌ حُكِمَ عليه بنفس مضيِّ المدَّة:**

وقال مالك: لا يحكم عليه.

دليلنا: أنَّ الخيارَ مدَّة مُلحقةٌ بالعقـدِ، فيجـب أن ينقضيَ بانقضاء المدَّة.

دليله: الأجل في الثمنِ.

ولأنَّه خيار لفسخ بيع، فلم يقف إبطاله على وجود قولٍ من جهته، كخيار الردِّ بالعيبِ والمجلس.

وقد قيل: إنَّ المسألة مبنيَّة على أصل، وأنَّ الخيارَ عندنا مشروط للفسخ إذ[1] العقد [بـ]ـغير شرط يقتضي الإجازة [. . . .][2]، فوجب أن يكون بشرط الخيار فائدة، وما له إلا الفسخ.

واحتجَّ المخالف بأنَّ مدَّة الخيار إنَّما ضُرِبَت لحقِّه، لا لحقٍّ عليه، فلم يلزم الحكم بنفس مضيه، وكذلك العنِّين.

والجواب: أنَّه يبطل بالأجلِ؛ فإنَّه ضُرِبَ لحقٍّ من عليه الدين، ثم يلزمه الحكم بنفس مرورها.

ثم المعنى في العُنَّةِ والإيلاء: أنَّها فرقة متعلقة بسبب من جهة الزوج، فافتقرت إلى قول، وهذا فسخ بيع.

واحتجَّ بأنَّ العقد كان موقوفاً على الإجازة، فإذا انقضت المدَّة فقد عدمت الإجازة.

[والجواب[3]: . . .][4].

---

(١) في «م»: «أو»، وفي «ت»: «أن».

(٢) بياض في «ت» و«م».

(٣) كتب فوقها في «ت»: «ينظر»، وموضعها غير واضح في «م».

(٤) ما بين معكوفتين سقط من «م».

## ٢٦٩ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا تقدَّم القَبولُ على الإيجابِ لم ينعقد البيعُ سواء كان القَبولُ بلفظ الماضي مثل أن يقول: ابتعت منك بكذا، أو كان بلفظ الطلب، فقال: بعني بكذا، وكذلك النِّكاح في إحدى الرِّوايتين:**

نقلها مهنا عنه في من قال لرجل: بعني هذا الثوب بدينار، فقال: قد فعلت، لا يكون هذا بيعاً حتَّى يقول الآخر: قد قبلت.

وهو اختيار أبي بكر ذكره في كتاب «الشافي»، وقال: هذا مثل رجل قال لرجل: زوِّجني بنتك، فقال: قد فعلت، فلابدَّ من قَبولِهِ للنكاح.

وفيه رواية أخرى: يصحُّ البيع، ولا يصحُّ النكاح، ولا فرقَ ـ أيضاً ـ في ذلك بين لفظ الماضي أو الطلب.

نصَّ عليه في رواية علي بن سعيد النَّسَويِّ في الرَّجلِ يقول للرجل: بعني هذا بكذا، فيقول البائع: هو لك، جائز وقد تمَّ البيع، فإن قال: زوِّجني ابنتك، فقال: قد زوَّجتُكَ، ففي النكاحِ يقول: قد قبلت؛ النكاحُ أشدُّ.

قال أبو حنيفة: إذا تقدم القبول على الإيجابِ في عقد النكاح صحَّ، وإن تقدَّم في لفظ البيع نظرت؛

فإن كان بلفظ الماضي صحَّ.

وإن كان بلفظ الطلب والأمر لم يصحَّ.

وقال مالك والشَّافعي: يصحُّ في البيعِ والنكاح سواء كان بلفظ الماضي، أو بلفظ الطلب.

والكلام في ثلاثة فصول:

أحدها: أنَّ البيعَ لا ينعقد على الرِّوايةِ المشهورة.

والثَّاني: مع أبي حنيفة في فرقه بين البيع والنكاح.

والثالث: على الرِّوايةِ الَّتي تحكم بصحَّة البيع؛ لا فرقَ بين لفظ الماضي والطلب خلافاً لأبي[1] حنيفة.

والدَّلالة على أنَّ البيعَ لا يصحُّ في الجملةِ خلافاً لمالك والشَّافعي: أنَّ القبولَ تقدَّم الإيجابَ في عقد يلحقه الفسخ، فلم يصحَّ.

دليله: لو تأخَّر الإيجاب عن القبولِ ساعة، وهما في مجلس العقد.

فإن قيل: المعنى هناك: أنَّ الإيجابَ لو تقدَّم وتأخَّر القبول عنه هذه المدَّة لم يصحَّ، كذلك القبول إذا تقدَّم وتأخَّر الإيجاب.

قيل: لا نسلِّم لك هذا، وقياس مذهبنا: أنَّه إذا وجد الإيجاب والقبول في مجلس العقد صحَّ، وإن لم يكنْ عقيبه بناءً على قول أحمد في خيار المُخيَّرة.

ولأنَّ القبولَ إنَّما كان قبولاً للإيجاب، فمتى لم يوجد الإيجاب لم يكنْ قبولاً لعدم معناه، كما أنَّ الشفيعَ لو أسقط شُفعتَهُ قبل البيع لم

---

(١) في «م» و«ت»: «خلافَ أبي».

تسقطْ، والمُعتَقَةُ إذا أسقطت خيارها قبل القَبولِ لم يسقطْ لعدم موجبه، وهو ثبوت النقص عليها بعتقها تحت عبـد، ودخول الضرر على الشريكِ بحدوث ملك الثَّاني، كذلك هاهنا.

وذهب المخالف إلى أنَّ الزوجة لو قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، فقال: قد خلعتك، صحَّ، وإن كان القبول قد تقدَّم، والخلعُ معاوضةٌ.

والجواب: أنَّ الخلعَ لا يلحقه الفسخ، وهذا يلحقـه؛ لأنَّ الخلعَ يصحُّ تعليقه بشرط، وهو أن تقـول: إن طلَّقتني ثلاثاً فلك ألف درهم، فطلقها، استحقَّ العِوَضَ، وإن كـان خلعاً، ولو قالت: إن بعتني ثوبك فلك ألف، لم يصحَّ.

واحتجَّ بأنَّ الطلبَ يتضمَّن الرِّضا، فهو بمنزلة القبول بعد الإيجاب.

والجواب: أنَّ بعد الإيجاب يوجد معناه، وهاهنا لا يوجد.

ولأنَّ هناك تأخَّر القبول، وهاهنا تقدَّم، فهو كما لو تقدَّم ووُجِدَ الإيجاب بعد ساعة، وهما في المجلسِ.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّ النكاحَ لا يصحُّ ـ أيضاً ـ خلافاً لأبي[1] حنيفة: أنَّه عقد يلحقه الفسخ، تقدَّم القبول فيـه على الإيجابِ، أشبه البيع.

---

(١) في «م» و«ت»: «خلافَ أبي».

فإن قيل: القياس في النِّكاحِ: أن لا يجوز، وإن تركناه في النكاحِ لحديث الموهوبة؛ قام رجلٌ، فقال: زوِّجْنيها، فقال: «زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ القُرآنِ»[1]، فتقدَّم القبول.

قيل له: إذا كان القياس يقتضي بطلانه، فيجب الحكم بـه؛ إذ ليس هاهنا ما هو أولى منه.

وأمَّا الخبرُ فيحتمل أن يكون المتزوِّج أعاد القبول بعد الإيجاب، ولم يُنقَلْ.

فإن قيل: عقد النكاح يجوز أن يليَهُ واحد، ألا ترى أنَّ للرجل أن يزوِّجَ ابنة أخيه من ابن أخيه، وهما صغيران، ويجوز أن يكون الوكيل الواحـد للرجل والمـرأة، فيزوِّج أحدهما من الآخـرِ، ولا يجـوز ذلك في البيعِ.

قيل: يجوز أن يليه واحد، وهو أن يبيع مال ابنه من ابنته، وهما صغيران، فيكون العاقد واحداً.

فإن قيل: العادة قد جرت بالمساومةِ والمراوضـة في البيـعِ، فإذا تقدم القبول احتمل أن يكون سوماً، والنكاح بخلافه.

قيل: العادة جارية في النكاحِ بالمُسَاومةِ والمُرَاوَضَةِ في قدر الصداق والزِّيادة والنقصان فيه.

---

(١) رواه البخاري (٤٧٤١)، ومسلم (١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد ﷺ.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّه يصحُّ إذا كان بلفظ الطلب والأمر على الرِّوايةِ الأخرى خلافاً لأبي[1] حنيفة: أنَّ العقدَ إذا تقدَّم القبول فيه لم يفترق الحال بين لفظ الماضي والطلب.

دليله: عقد النكاح، وعقد الخلع، ولا فرقَ بين أن يقول: زوجني بنتك، وبين أن يقول: قبلت نكاح ابنتك، وكذلك لا فرقَ بين أن تقول: اخلعني، وبين أن يقول: قبلت خلعك على كذا، فالحكم سواء في الصحَّةِ.

وذهب المخالف إلى أنَّه إن لم يُوجَدْ منه لفظ الماضي، أشبه إذا قال: بعتك، فقال: أنا آخذه بذلك، لم يصحَّ.

نصَّ عليه في رواية مهنا.

وكذلك إذا قال: تبيعني بكذا، فقال: قد بعتك، لا يصحُّ.

نصَّ عليه في رواية مهنا.

والجواب: أنَّه يبطل بالقبولِ في الخلعِ والنِّكاح.

وعلى أن هناك وعدٌ بالقَبولِ، فليس فيه ما يدلُّ على الرضا، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الطلبَ يدلُّ عليه، فلهذا فرَّقنا بينهما.

* * *

---

(١) في «م» و«ت»: «خلافَ أبي».

## ٢٧٠ ـ مسألة

**إذا تبايعا بما لا يتغابنُ النَّاسُ بمثله في العادةِ، وكان أحدُهما ممَّن لا يخبر سعرَ ذلك المبيعَ، فله الخيار:**

نصَّ عليه في رواية محمَّد بن العبَّاس في مريض وهب هبة على عوض، وكان العوضُ يقارب الهبة: فهو جائز، وشبَّهه بالبيعِ، وإن كان غيرَ متقارب لا يتغابن النَّاس بمثله لم يجزْ، ولا يجوز في ذلك إلا ما يجوز في البيعِ.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية أبي النضر إسماعيل بن ميمون العسكريِّ: الخِلابَةُ: الخداع، وهو أن يَغبِنَهُ في ما لا يتغابن النَّاس في مثله؛ يبيعه ما يَسْوَى درهماً بخمسة.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية أبي سعيد اللِّحْيَانِيِّ: إنَّما كُره غبن المسترسل، فإذا ساوم وعرف، فلا بأسَ.

وقال أبو بكر في كتاب «التنبيه»: وحدُّ الغبن الثلث، وقيل: السدس.

وظاهر هذا: أنَّه محدود عند أبي بكر بالثلثِ والسدس، والمنصوصُ عن أحمد: أنَّه غير محدود، وهو على ما يتغابن النَّاس بمثله في العادةِ.

وهو قول مالك، ومن أصحابه من حدَّه بالثلثِ.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: لا خيارَ له بذلك.

وقال داود: البيع باطل من أصله.

دليلنا على ثبوت الخيار: عمومُ قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْۚ﴾[النساء: ٢٩]، والمغبونُ غير راضٍ بهذه التجارة.

وقولُ النَّبيِّ ﷺ: «لا ضَرَرَ، وَلا ضِرَارَ»[١]، وفي إلزامنا المبيع في حق المغبون إلحاقُ ضررٍ به؛ لأنَّا نلزمه إخراج شيء من ماله لا يقابله عوض.

فإن قيل: وفي إثبات الخيار إلحاقُ ضررٍ بالآخرِ؛ لأنَّا نفسخ العقد عليه.

قيل له: الضرر حاصل في جهة المغبون؛ لأنَّه يخرج من ماله ما لا يقابله عوض، وهذا معدوم في حق البائع.

وقوله: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[٢]، وهذا الثمن مال المشتري.

ويدلُّ عليه ما روى الدَّارقُطنيُّ في كتاب «الأفراد» بإسناده عن أبي أُمامةَ الباهليِّ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَا زَادَ التَّاجِرُ عَلَى المُسْتَرْسِلِ فَهُوَ رِبًا»[٣]، ومعناه: حكمه حكم الرِّبا في تحريم الأخذ.

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٣٤١) وغيره من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: «أطراف الغرائب والأفراد» للدارقطني (٥/ ١٨).

ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال لحَبَّان: «بِـعْ، وَقُلْ: لا خَلابَةَ»[1]؛ يعني: لا غُبنِ.

وهذا يقتضي سلامة العقد من الغُبنِ، فإذا غُبِـنَ ملكَ الفسخ، كما قال [النبي ﷺ للعـدَّاء][2] بن خَالدِ بن هَوْذَةَ، وقد اشترى منه عبداً، أو أمةً: «لا دَاءَ، وَلا غَائِلَةَ، بَيْعَ المُسْلِمِ للمُسلِمِ»[3].

اقتضى سلامةَ المبيع من العيبِ، فإذا ظهر به عيبٌ فسخ.

ولأنَّه غبنٌ يخرج عن العادةِ، فملك الفسخ.

دليله: غبن الركبان.

وقد دلَّ على ذلك الأصل ما روى أبو هريرة عن النَّبيِّ ﷺ: أنه قال: «لا تلقُّوا الرُّكْبانَ، فمن يلقى فصاحبُـه بالخيـار إذا أتى السُّوقَ، إن شاء أجازه، وإن شاء ردَّه»[4].

ومعلوم أنَّه إنَّما جعل له الخيار لأجل الغبن.

فإن قيل: البائـع هناك غير مفرِّط؛ لأنــه لا يعرف القيمـة، وهـذا مفرِّط؛ لأنَّه يمكنه أن يعرف القيمة.

قيل له: إذا ظهر بالمبيع عيبٌ فهو مفرِّط؛ لأنه كـان يمكنـه أن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «م» و«ت»: «لمحمد بن عبدالله من العداء».

(٣) رواه الترمذي (١٢١٦)، وابن ماجه (٢٢٥١).

(٤) تقدم تخريجه.

يختبر المبيع، ومع هذا يملك الردَّ.

ولأنَّه معنى يملك الركبان الفسخ به، فملك غيرهم الفسخ.

دليله: العيب في المبيعِ.

وإن شئت قلت: نقصان في أحد العوضين، أشبه النقصان في المبيعِ بالعيبِ.

وإن شئت قلت: نقصان بثمن العين، أشبه العيب.

فإن قيل: لو كان الغبنُ يجري مجرى العيب، لوجب أن يملك الفسخ به إذا وُجِدَ بعد العقد وقبل القبض، كما يملك ذلك في العيبِ الحادث بعد العقد وقبل القبض.

قيل له: إنَّما ملك الردَّ بالعيبِ إذا كان موجوداً حال العقد، وإذا حدث قبل القبض؛ لأنَّه عيب في الموضعينِ، وليس كذلك الغبن؛ لأنَّه إنَّما يكون غبناً في أحد الموضعين، وهو حال العقد؛ لأنَّ الغبنَ هو فعل التغابن، وهذا لا يوجد بعد العقد، والعيب هو نقص يحصل في السلعةِ بغير فعل العاقد، وهذا يوجد في الموضعينِ.

وعلى أنَّ هذا يبطل بغبن الركبان يثبت به الفسخ حين العقد، ولا يثبت بعد العقد وقبل القبض.

فإن قيل: لو كان هذا يجري مجرى العيب لاستوى قليله وكثيره، كما قلتَ في العيبِ.

قيل له: قد يُفرَّق بين يسير العيب وكثيره.

قال في روايـة أبي طالب: يرد من الغبنِ إذا كان الغبن[1] شديداً، وبما ألفى الرَّجل.

وظاهر هذا: أنَّه لا يُرَدُّ من اليسيرِ.

وكذلك نقل مهنا عنه في الرَّجلِ يشتري مصحفاً على أنَّـه جامع، فخرج فيه آيـة، أو آيتان ساقطة: ليس هذا بعيب، ولا يخلو المصحف من هذا.

وعلى أنَّ هذا باطل بغبن الركبان يثبت به الفسخ، وإن فرق بين قليله وكثيره، وكذلك الحاكم وأمين الحاكم والوصي والأب إذا باعوا بنقصان في الثمنِ، فإن كان يسيراً جرت العادة بمثله جاز، ولو كثر لم يجزْ.

وعلى أنَّ البياعات تسلم من العيبِ اليسير، كما تسلم من الكثيرِ، فلهـذا ملك الفسخ فيهما، وليس كذلـك الغبن المطابق للعادة؛ لأنَّ البياعات لا تخلو منه.

ولأنَّ كلَّ واحـد يقصـد الاسترخاص، فأجيـز ذلك على حسـب تعارفهم فيه، فإذا خرج عن ذلك جاز أن يملك الفسخ.

وعلى أنَّ غلظ الدابة عيب إذا زاد وتفاحش، وليس بعيب إذا كان يسيراً، وكذلك يسير الرمـد في العينِ ويسير الحمى ليس بعيب، وإن كان كثيره عيباً.

فإن قيل: المعنى في العيبِ: أنَّـه نقص في المعقودِ عليه، وليس

---

(١) في «ت» و«م»: «بغبن».

كذلك هاهنا؛ لأنَّه نقص في ما لم يعقدْ عليه.

قيل له: النقص يحصل في الثمنِ، وذلك معقود عليه.

ثمَّ يبطل هذا بغبن الركبان.

فإن قيل: لو كان ثبت به الفسخ، لوجب أن يكون محرماً، كما أنَّ التدليسَ بالعيبِ محرمٌ[1].

قيل: الردُّ بالعيبِ ثابت، وإن لم يكنْ قصد التدليس؛ لأن غبنَ الركبان يثبت الفسخ، وإن لم يكنْ محرماً.

ثمَّ لا يَمتنع أن نقول: محرم إذا كان مسترسلاً، وقد قال أحمد: إنَّما كره غبن المسترسل.

واحتجَّ المخالف بما روى ابن عمر: أنَّ حَبَّانَ بنَ مُنقذٍ أصابته آمَّةٌ في رأسه، وكان يُخدَع في البيعِ، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «إذَا بِعْتَ فَقُلْ: لا خِلابَةَ، وَلَكَ الخِيَارُ ثَلاثاً»[2].

قال: فلو كان الغبن سبيلاً يملك به الفسخ لما احتاج إلى شرط الخيار مع استغنائه عنه.

والجواب: أنَّا قد جعلناه حجَّةً لنا؛ لأنَّه نهى عن الغبنِ، فاقتضى سلامته منه، كما اقتضى سلامته من العيبِ.

وعلى أنَّ راوي الحديث عمر بن الخطَّاب عن النَّبيِّ ﷺ، قال

(١) في «م» و«ت»: «محرماً».

(٢) تقدم تخريجه.

عمر: وكان ضريراً.

هكذا روى الدَّارقُطني في «سننه» بإسناده عن طلحةَ بنِ يزيدَ بنِ رُكانةَ: أنَّه كلم عمر بن الخطَّاب في البيوعِ، فقال: ما أجد لكم سبباً أوسع ممَّا جعل رسول الله ﷺ لحَبَّانَ بنِ مُنقِذٍ: أنَّه كان ضرير البصر، فجعل له رسول الله ﷺ عهدةً ثلاثة أيَّام؛ إن رضي أخذ، وإنْ سخط ترك[1].

وإذا كان ضريراً لم يصحَّ عقده عند الشَّافعي، فلا يصحُّ الاحتجاج به.

وعلى أنَّه لم يمتنعْ شرط الخيار مع استغنائه عنه، كما قال: «فَمَنِ ابْتَاعَ مُصَرَّاةً فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَينِ ثَلاثاً»[2].

فشرط له الخيار مع[3] استغنائه عنه.

وعلى أنَّه يحتمل أنَّه كان يغبن غبناً لا يخرج عن العادةِ، وكان الخيار لأجل ذلك.

واحتجَّ بأنَّه نقص لا يغير المبيع، ولا ينقصه، فلا يملك به الخيار، كما لو كان النقص غبناً في العادةِ.

أو يقول: كلُّ ما لو حدث بعد العقد وقبل القبض لم يثبتْ به الخيار، فإذا كان موجوداً في حال العقد لم يثبتْ به الخيار.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في «م» و«ت»: «ومع».

دليله: ما ذكرنا.

والجواب عن اليسيرِ: ما ذكرنا، وهو: أنَّ ذلك لا تأثيرَ له في العقدِ بدليل جوازه في حقِّ الآدميِّين والوصي والأب.

ولأنَّ البياعات لا تنفك عن غبن يسير، فلا يمكن الاحتراز عنه.

ولأنَّ اليسيرَ لا يثبت بـه الخيار في حقِّ الركبان، والكثير يثبت، فبان الفرق.

وأمَّا الجواب عن حدوثـه بعد العقد وقبل القبض: ما تقدَّم، وهو: أنَّ هذا لا يوجب الفسخ في تلقي الركبان.

ولأنَّ ذلك لا يُسمَّى غبناً؛ لأنَّ الغبنَ فعل الغابن.

واحتجَّ بأنَّ خيار المغابنة لمَّا لم يثبتْ من جنسه شرطاً، [لم يثبت شرعاً، ألا تـرى أنَّ خيـار المجلس لمَّـا ثبـت شرعاً، ثبـت من جنسـه شرطاً][1]، وهو خيار الثلاث.

والجواب: أنَّـه يبطل بخيار الركبان؛ ثبت شرعاً، وإن لم يثبتْ شرطاً.

ولأنَّه قـد يثبت الشيء شرطاً، وإن لم يثبتْ شرعاً، كالأجلِ في الثمن في بيوع الأعيان، وقد[يـ]ثبت شرعاً، وإن لم يثبت شرطاً، كالأجلِ في المسلم فيه.

وعلى أنَّه لا يمتنع أن نقول: من جنسه ما ثبت شرطاً، وهو: إذا شرط ثبوت الخيار في الغبنِ اليسيرِ.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

واحتجَّ بأنَّ الغبنَ في العقدِ لا يثبت الخيار.

دليله: الغبن في عقد الصداق، وهو أن تكون الزوجة مغرورة أو الزوج مغروراً في قدر الصداق.

والجواب: أنَّا لا نعرف الرِّواية في ذلك، غير أنَّ قياس قوله يقضي أن لا خيارَ هناك؛ لأنَّه قد نصَّ في رواية إسحاق بن هانئ: إذا تزوَّجها على أنَّها بكرٌ[1]، فلم تكن كذلك، [فـ]ـلها المهر كاملاً.

فلم يجعل له النقصان في المهرِ مع شرط صفة يختلف المهر لأجلها، فأولى أن لا يجعل له مع الإطلاق.

وحكى هذا الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنَّ النقصان في الصداقِ والزِّيادة فيه لمَّا لم يُثبِت الخيارَ في حقِّ أهل الركبان، لم يُثبتْه في حق غيرهم، والبيع بخلافه.

والثَّاني: أنَّ المهرَ غير مقصود في نفسه، ولهذا المعنى يجوز أن يعرَّى العقد عن تسميته، ولهذا المعنى يجب أن يُسمَّى عين الناكح إذا كان القابل وكيلاً، ولا يجب ذلك في عقد البيع، فإذا لم يكنْ مقصوداً لم تؤثر الزِّيادة والنقصان فيه.

* **فصل:**

والدَّلالة على أنَّ البيعَ لا يبطلْ من أصله: ما تقدَّم من حديث تلقي

---

(١) في «م» و«ت»: «تكن».

الركبان؛ وأنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل[1] لهم الخيار، ولم يحكم ببطلان العقد من أصله.

وروي أنَّ النَّبيَّ ﷺ ساوم جابراً بعيراً بدراهمَ إلى أن بلغ به أوقيَّة[2].

وروي أنَّه قال: «إِذَا زَنَتْ أَمَةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَبِـعْهَا، وَلَوْ بِضَفِيرٍ»[3].

وهذا يدلُّ على صحَّة البيع مع الغبن.

ولأنَّ الغبن نقص في الثمنِ، كالعيبِ نقص في المثمنِ، ثمَّ ثبت أنَّ ظهور العيب يثبت الخيار، ولا يوجب بطلان العقد، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٦]، وإذا باع ما يساوي ألفاً بدرهم فهذا نفس التبذير، وقد نهى عنه، والنهي يدلُّ على فساد المنهي عنه.

والجواب: أنَّ الآيةَ انصرفت إلى غير هذا من صرف المال في الفسادِ، ولم تنصرف إلى هذا؛ لأنَّه إذا كان راضياً به فهو كالواهبِ [من] ماله قدر الغبن، وهو غير ممنوع من ذلك.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّه لا يتقدَّر بالثُّلثِ والسُّدس: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أثبت

---

(١) في «م»: «حكم».

(٢) يأتي تخريجه.

(٣) رواه البخاري (٢٠٤٦)، ومسلم (١٧٠٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الخيار للركبان، ولم يقدره بذلك.

ولأنَّ الغبنَ إنَّما أثبت الفسخ؛ لأنَّه نقصان في أحـد العوضين، كالعيبِ، ثمَّ الفسخ بالعيبِ لا يقدر بذلك، كذلك الغبن.

فإن قيل: العيب يستوي يسيره وكثيره، وهاهنا يُفرَّق بين القليل والكثير، فجاز أن يُحدَّ بالثُّلث؛ لأنَّه آخرُ حدِّ القلَّة.

والجواب: أنَّا قد بيَّنا: أنَّ العيبَ يُفرَّق بين يسيره وكثيره.

وعلى أنَّـه ليس إذا فُرِّقَ بين يسير هذا وكثيـره، يجب أن يتقدر بالثُّلثِ، كالعملِ اليسير في الصَّلاة لا يتقدَّر بثلث أفعالها.

* * *

## ٢٧١ ـ مَسْأَلَة

**الرِّبا ثابتٌ في غيرِ[١] الأعيانِ المنصوصِ عليها على ما نبيِّنُه:**

وهو قول الجماعة.

وقال داودُ وأهلُ الظاهر من نُفـاةِ القياس: لا ربا إلا في المنصوص عليه، وهي الأعيان الستة.

وبنوا هذا على أصلهم في نفي القول بالقياسِ، ونحن نبني هذا على أصلنا في وجوب القول بالقياسِ، فنلحـق غيـر المنصوص عليـه بالمنصوصِ في حكمه عند وجود علَّته.

---

(١) في «م» و«ت»: «عين».

ثمَّ نستدلُّ[1] من حيث الاسم على إثبات الرِّبا في غير المنصوص عليه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[البقرة: ٢٧٥].

والربا هو الزِّيادة لغة وشرعاً[2]:

أمَّا الشَّرع فقوله تعالى: ﴿وَتَرَى ٱلْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾[الحج: ٥]؛ يعني: زادت وعظمت[3].

وأمَّا اللُّغة فيُقالُ: فلان أربى على فلان في الشتم؛ إذا زاد عليه فيه.

فالظاهر يقتضي تحريم الزِّيادة الحاصلة في كلِّ مبيعين سواء كان ممَّا نُصَّ عليه، أو لم يُنَصَّ عليه، إلا ما منع منه الدَّليل.

وطريقة أخرى، وهو: ما روى الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن معمر بن عبدالله: أنَّه سمع النَّبيَّ ﷺ يقول: «الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثْلاً بِمِثْلٍ»[4]، وكان طعامنا يومئذ الشعير.

والطَّعام اسم لكلِّ مطعوم لغة وشرعاً:

أما الشَّرع فقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ

---

(١) في «م»: «يستدرك».

(٢) بل الربا في الشرع زيادة مخصوصة مقيدة، وعبارة المصنف ـ رحمه الله ـ تحتاج إلى مزيد تحرير، ولعلَّه يريد بقوله: (شرعاً): لغة الشرع، والله أعلم.

(٣) هذا استدلال على المعنى اللغوي للربا، فقد جاءت كلمة (ربت) في هذا الموضع من كتاب الله بمعناها اللغوي، لا الشرعي، والله أعلم.

(٤) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٢٤). ورواه مسلم (١٥٩٢).

﴿لَكُمْ﴾[المائدة: ٥]؛ يعني: ذبائحهم.

وقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾[البقرة: ٢٤٩]؛ يعني: الماء.

وقالت عائشة ـ رضي الله عنها ـ: عشنا زماناً ما لنا طعام إلا الأسودان؛ الماء والتمر[١].

وقال النَّبيُّ ﷺ في ماء زمزم: «إنَّهُ طَعَامٌ وَشِفَاءٌ»[٢].

وأمَّا اللُّغة فإنَّ القائلَ يقول: ما طعمت اليوم شيئاً؛ يعني: لم أذقْ شيئاً من المأكولِ، ولا يصحُّ أن ينفي ذلك عن نفسه إذا كان قد أكل فاكهة، أو غيرها.

وقال لبيد:

لِمُعَفَّرٍ قَهْدٍ تنازَعَ شِلوَهُ
غُبْسٌ كواسِبُ مَا[٣] يُمَنُّ طَعَامُهَا

وإذا ثبت أنَّ ذلك اسمٌ لكلِّ مطعوم، فالخبر يقتضي وجوب التماثل

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٤٠٥) وغيره، لكن من قول أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه البزار في «مسنده» (٣٩٢٩) من حديث أبي ذر رضي الله عنه بلفظ: «زمزم طعام طعم وشفاء سقم»، وأصله في «صحيح مسلم» (٢٤٧٣) دون قوله: «وشفاء سقم».

(٣) في «م» و«ت»: «بما».

في جميعه، إلا ما خصَّه الدليل.

واحتجَّ المخالـف بقولـه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، وهذا عام.

والجواب: أنَّه قد قال تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[البقرة: ٢٧٥]، وقد بيَّنَّا: أنَّ الرِّبا في الشرعِ واللغة: الزِّيادة، وهذا موجود هاهنا.

* * *

## ٢٧٢ - مَسْأَلَة

## العلَّةُ في فساد العقـد عند وجـود التفاضل زيادةُ كيلٍ في جنسِ المكيلاتِ في أصحِّ الروايات:

رواها الجماعة عنه:

فنقل الميموني عنه قال: أذهب إلى حديث عمار، وهو حديـث جامع؛ ما يكال وما يوزن ممَّا يؤكل ويشرب، وما لا يؤكل، ولا يشرب.

وروى حنبل عنـه وبكر بن محمَّـد: لا بأسَ بخيارة بخيارتين، وبطِّيخة ببطِّيختين، ورمَّانة برمَّانتين؛ لأنَّه ليس أصله كيلاً ولا وزناً.

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه.

وفيه رواية أخرى: مأكول مكيل أو موزون جنس.

وعلى هذا لا ربا في ما يُؤكَل، وليس بمكيل، ولا موزون، مثـل الرمان والسَّفرجل، ولا في غيـر المأكول ممَّا يُكال ويُـوزنُ، كالثومِ والجص والأشنان ونحوه.

وقد نصَّ على هذا في رواية حنبل فقال في القوارير المكسورة: أكثر لا بأسَ يداً بيد؛ ليس هو ممَّا يُوزَن ممَّا يُؤكَل.

وبهذا قال الشَّافعي في القديم.

وفيه رواية ثالثة: مطعوم جنس.

فتدخل فيه سائر المطعومات دون غيرها.

قال أبو بكر في كتاب «الشافي»: روى ذلك جماعة منهم محمد بن يحيى في ما حدَّثنا أبو بكر الخلال عنه: وقد سئل عن البيضِ بالبيضِ والرُّمَّان بالرُّمَّانِ قال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل؛ هذا يُؤكَلُ. قيل له: إن لم يؤكلْ، ولم يوزن؟ قال: نعم. قيل له: مثل أيِّ شيء يجوز؟ قال: مثل الحديد، وما أشبه هذا.

وبهذا قال الشَّافعي في الجديد.

وقال مالك: مقتات، وما يصلح المقتات والمدخرات في جنس.

والصحيح عندي: أن يُقالَ: العلَّة كونه مكيل جنس، وهو ظاهر كلام أحمد؛ لأنَّه اعتبر الكيل، وظاهر السنة يقتضي ذلك؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «وَمَا كِيْلَ مِثْلُ ذَلِكَ».

وكذلك قوله ﷺ: «كَيْلاً بِكَيلٍ».

وهو اختيار الخرقي وشيوخ أصحابنا[1].

---

(١) في «م» و«ت»: «والدَّلالة على ذلك وهو اختيار الخرقي وشيوخ أصحابنا =

والدَّلالة على ذلك: ما روى الدَّارقُطنيُّ في «سننه» قال: نا أبو محمد بن صاعد ومحمَّد بن أحمد بن الحسن وآخرون قالوا: نا عبدالله ابن أحمد بن حنبل قال: ثنا أحمد بن محمَّد بن أيوب قال: نا أبو بكر ابن عيَّاش، عن الربيعِ بنِ صبيحٍ، عن الحسنِ، عن عبادة وأنس بن مالك، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَا وُزِنَ مِثْلاً بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوعاً وَاحِداً، وَمَا كِيْلَ مِثْلُ ذَلِكَ، وَإذَا اختَلَفَ النَّوعَانِ، فَلا بَأسَ بِهِ».

وهذا نص؛ لأنَّه اعتبر المماثلة في الوزن والكيل، وعند المخالف هي معتبرة في المأكول.

فإن قيل: فقد قال الدَّارقُطنيُّ: لم يروه عن أبي بكر غير الربيعِ هكذا، وخالفه جماعة، فرووه عن الربيعِ، عن ابنِ سيرين، عن عبادة وأنس بلفظٍ غير هذا اللَّفظ.

قيل له: انفراده بالرِّوايةِ لا يوجب ضعف روايته، ولا الطعن فيها؛ لأنه إسناد صحيح، واختلاف الرواية على الربيع لا يقدح فيه.

وأيضاً ما روى أحمد في «المسند» قال: نا حسن بن محمد، قال: نا خلف؛ يعني: ابن خليفةَ، عن أبي جَنَابٍ، عن أبيه، عن ابنِ عمرَ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ، وَلا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ، وَلا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ؛ فَإنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الرَّمَاءَ» ـ والرَّمَاءُ هو الرِّبا ـ فقام رجل، فقال: يا رسول الله! أرأيت الرَّجل يبيع الفرس

= ما روى الدَّارقُطني»، وهذا خلل صوابه ما أثبت، والله أعلم.

بالأفراسِ، والنَّجيبةَ بالإبلِ؟ فقال: «لا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[1].

فوجه الدَّلالة: أنَّه معلوم أنَّه لم يردْ نفس الظرف لاتفاق المسلمين على جواز بيع الصنفين[2] بعضها ببعض متفاضلاً، فعُلِمَ أنَّه أراد ما يدخل في الصاعِ، ويكال بـه، فاقتضى عمـومـه تحريم التفاضـل في جنس المكيلات.

ومخالفنا يزعم أن بيع قَفيزِ جصٍّ بقفيزي[3] جصٍّ يجوز، وكذلك قفيز نورة بقفيزين.

فإن قيل: ما يدخل في الصاعِ مضمر، فكيف تعتبر عموم المضمر؟

قيل له: اسم الصاع يتناول في الحقيقـةِ ما يكـال، ويتناول في الحقيقة الكيل، بدليل ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه فرض صدقة الفطر صاعاً من تمر، أو شعير.

ويقول القائل: هذا قفيز، وبعتك قفيزاً من هذا الطعام.

فإذا تناولهما الاسم حقيقة، ثمَّ دلَّ الدَّليلُ على أنَّ أحدهما لم يردْ بقي الآخر.

وأيضاً روى أبو بكر الأثرم بإسناده عن عُبـادةَ بن الصَّامـت، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ،

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ١٠٩).

(٢) في «م» و«ت»: «الصنفان».

(٣) في «م» و«ت»: «بقفيزين».

والبُرُّ بالبُرِّ كَيْلاً بِكَيلٍ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ كَيْلاً بِكَيلٍ، ولا بَأسَ بِبَيْعِ الشَّعِيرِ بالبُرِّ، والشَّعِيرُ أكْثَرُهُمَا يداً بِيدٍ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ، فَمَنْ زَادَ أَوْ ازْدَادَ فقَدْ أَرْبَى»[1].

وروى أحمد في «مسند أبي هريرة» بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ؛ كَيْلاً بِكَيْلٍ، وَوَزْناً بِوَزْنٍ، فَمَنْ زَادَ[2] أَوْ ازْدَادَ[3] فَقَدْ أَرْبَى إِلا مَا اخْتَلَفَ أَلْوَانُهُ»[4].

وروى أبو بكر في كتاب «الشافي» بإسناده عن عُبادةَ بن الصَّامت، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تِبْرُهَا وَعَيْنُهَا، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ تِبْرُهَا وَعَيْنُهَا، والبُرُّ بالبُرِّ مُدْياً بِمُدْيٍ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ مُدْياً بِمُدْيٍ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ مُدْياً بِمُدْيٍ، فَمَنْ زَادَ أَوْ ازْدَادَ فقَدْ أَرْبَى، وَلا بَأسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بِالفِضَّةِ، وَالفِضَّةُ أكْثَرُهُمَا يَداً بِيَدٍ، وَأَمَّا نَسِيئَةً، فَلا»[5].

وجه الدَّلالة: قوله: «مِثْلاً بِمِثْلٍ» «كَيْلاً بِكَيْلٍ»، فأوجب استيفاء المماثلة من طريق الكيل في جواز البيع.

---

(١) ورواه مسلم (١٥٨٧).

(٢) في «ت»: «ازْدَادَ».

(٣) كذا في «م» و«ت»، وفي «المسند»: «أزاد»، والله أعلم.

(٤) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢٣٢).

(٥) ورواه أبو داود (٣٣٤٩).

وخلافنا[1] في علَّة التحريم.

قيل له: الأمر باستيفاء المماثلة من طريق الكيل يقتضي النهي عن التفاضلِ في الكيلِ؛ إذ الأمرُ بالشيء نهيٌ عن ضدِّه.

وعلى أنَّ ذكر التساوي والتفاضل علَّة في الحكم، كقول النَّبيِّ ﷺ: «لا صَلاةَ إلا بِطَهُورٍ»[2] بياناً لعلة الحكم.

ولأنَّ ذكر الصِّفة في الحكم تعليل، كقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟﴾[النور: ٢]، ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟﴾[المائدة: ٣٨]؛ فإنَّ الزِّنا والسرقة علَّة في إيجاب الحدِّ.

فإن قيل: فقد قال في الخبرِ: «عَيْناً بِعَيْنٍ»، ولم يدلَّ على كونه علَّة.

قيل له: منع ذلك الإجماعِ.

وأيضاً فإنَّ البطيخَ وما أشبهه غير مكيل، ولا موزون، فوجب أن لا يحرم التفاضل فيه.

دليله: الثياب والعبيد، ونحو ذلك.

ولا يلزم عليه الماء؛ لأنَّه يجوز بيعه متفاضلاً.

وأيضاً فإنَّا وجدنا للتفاضل[3] في الكيلِ والتساوي فيه تأثيراً في

---

(١) هذا من كلام المخالف في الاعتراض على وجه الدلالة عند المصنف، فكأن في الكلام سقطاً، يمكن تقديره: «قد اعتبرنا ذلك في جواز البيع»، والله أعلم.

(٢) رواه مسلم (٢٢٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٣) في «م» و«ت»: «التفاضل».

العقدِ، ولم نجد للتفاضل[1] في المطعمِ تأثيراً، ألا ترى أنَّـه يجـوز بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة؛ لوجود التساوي في الكيلِ، [ولا يجوز مع عدم التساوي في الكيل] مثل قفيز حنطة ونصف رديئـة بقفيـز حنطة جيدة[2].

فإن قيل: اعتبرنا المساواة في الكيلِ في جواز البيع، وخلافنا في علَّة التحريم، وليس في هذا دلالة عليها.

قيل: علَّة التحريم كونه مكيلاً، والحكم هو جريان الرِّبا، وفساد العقد وصحته.

فإن قيل: العلَّة عندنا كونه مطعوماً، وهذا معنى لا يتزايد.

قيل له: وكذلك العلَّة عندنا كونـه مكيلاً، وهذا معنى لا يتزايد، لكن لما كان ما ذكرناه علَّة أثـر المكيل في الَّذي بـه صـار مكيـلاً، ثمَّ وجدنا الطعم الَّذي صار بـه مطعوماً لا يؤثِّرُ، دلَّ على أنَّ كونه مطعوماً ليس بعلَّة.

وتلخيص هذا: أنَّه لو كانت العلَّة كونه مطعوماً لأثَّر في الطعمِ الَّذي صار بـه مطعوماً، كما قلنا نحن في المكيلِ: لمَّا كان علَّة أثَّـر في المكيلِ الَّذي صار به كيلاً، فلمَّا لم يؤثِّرْ فيـه، بل جاز بيـع مَكُّوكٍ[3] خفيف

---

(١) في «م» و«ت»: «التفاضل».

(٢) في «م»: «جيد».

(٣) هُوَ مِكيال مَعرُوف لِأَهل العِرَاق.

بمكُّوكٍ ثقيل، دلَّ على أنَّ كونه مطعوماً ليس بعلَّة.

فإن قيل: قد يؤثِّر اختلاف الطعم؛ لأنَّه لو باع طعاماً، فوجده عفناً، ردَّه لنقصان طعمه.

قيل له: هذا تأثير في إثبات الخيار، ونحن نطلب تأثيراً في صحَّة العقد وفساده.

وإن شئت قلت: الزِّيادة في الأكلِ ليس لها تأثير في تحريم البيع، فوجب أن لا يكون الأكل مع غيره علَّة، كالزِّيادةِ في الاقتيات؛ لمَّا لم يكنْ لها هناك تأثير في تحريم البيع، لم يكن الاقتيات مع غيره علَّة، وكالزِّيادةِ في الذَّرع، وإذا ثبت صحَّ أنَّ العلَّةَ ما اعتبرنا.

ولأنَّه لا يخلو الأكل والجنس [إمَّا] أن يكون علَّةً لتحريم التفاضل في الجملةِ، أو لتحريمه من جهة الكيل.

ولا يجوز أن يكون علَّةً للتحريم في الجملة؛ لأنه قد يُوجَدُ، ولا تحريمَ، مثل قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة عفنة.

وقد يُوجَدُ من جهة العدد، ولا يحرم أيضاً، مثل مكُّوكٍ بمكُّوكِ حنطة يجوز، وإن كان عدد الحبات في إحدى الخبيتين أكثر.

ولا[1] يجوز أن يكون[2] علَّةً لتحريم التفاضل من جهة الكيل؛ لأنَّ

---

(١) في «ت»: «فلا»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) أي: الأكل والجنس، والله أعلم.

الرُّمَّان والسَّفرجل والبطِّيخ والقثَّاء ليسـ[ـت] مكيلة، ويثبت فيها التحريم عنده بهذه العلة.

ولأنَّ الطعم ليس بِعَلَمٍ للمقدار، فلا يكون علَّةً، كاللون والرائحة.

ولأنَّ المعدودات تُضمَنُ بالقيمةِ، فلا يدخل الرِّبا في نقدها.

دليله: الثياب.

أو نقول: لأنَّها تُباعُ في العادةِ عدداً، أشبه الثياب.

ولأنَّ غير المطعومات من المكيلاتِ زيادة كيل من جنس، فهو كالحنطةِ بالحنطة.

فإن قيل: المعنى فيها: أنَّها مطعوم.

قيل له: بيِّنِ الحكمَ؛

فإن قلت: لا يجوز التفاضل فيها، انتقض بالتساوي من الكيل إذا تفاضلا في العدد.

وإن قلت: فلا يجوز التفاضل فيها كيلاً، فقد علَّلت بما ذكرنا، وضممت إليه وصفاً آخر، وهذا لا يصحُّ.

فإن قيل: الماء مكيل جنس، ولا ربا فيه.

قيل له: لا نسلِّم أنَّه مكيل؛ لأنَّ ما لم ينصَّ النَّبيُّ ﷺ على بيعه كيلاً، رُجِعَ في معرفة ذلك إلى المدينةِ، وليس نعلم أنَّ الماء يباع بالمدينة كيلاً.

ولأنَّ الطعمَ منفعة، فلا يكون علَّة، كالشمِّ والذوق.

واحتجَّ المخالف بما روى معمر بن عبدالله: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيعِ الطَّعامِ بالطَّعامِ إلا مِثلاً بمثلٍ[1].

ومنه دليلان:

أحدهما: أنَّه ذكر الصفة في الحكمِ تعليل، فيدلُّ على تعليق الحكم بتلك العلَّة، فلهذا نقول: إن قول الله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾[الحجرات: ٦] يدلُّ على تعليق التبيُّنِ بالفسقِ.

وقول النَّبيِّ ﷺ: «فِي سَائِمَةِ الغَنَمِ زَكَاةٌ»[2] يدلُّ على تعليق الزَّكاة بالسَّومِ.

وكذلك قوله: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[المائدة: ٣٨].

و: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[النور: ٢].

وقوله: جزاء للمحسنين، وعذاباً للكافرين، وما أشبه ذلك.

والثَّاني: أنَّ نهيه عن بيع الطَّعام بالطَّعام يقتضي عموم جميع الأطعمة ممَّا يكال، ولا يكال، كالبيضِ والسَّفرجل وغيره.

والجواب عن الدليل الأول، فهو: أنَّ ذكر الصفة في الحكمِ قد يكون علَّة، وقد لا يُجعَلُ علَّة الدَّليل عليه قوله ﷺ: «لا بَأسَ بِبَيْعِ الحَيوَانِ بِالحَيْوَانِ؛ اثْنَينِ بِوَاحِدٍ يَداً بِيَدٍ»[3]، ولم يدلَّ ذلك على

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) رواه أبو يعلى في «مسنده» (٢٠٢٥)، والطبراني في «المعجم =

اختصاص الحكم بالحيوانِ.

وكذلك نهيه عن بيع الطَّعام حتَّى يجري فيه الصَّاعان، ونهيه عن بيع الطَّعام قبل قبضه.

والجواب عن الثَّاني، وأنَّ الطَّعام عامٌّ في البيض والرمان: فالظاهر يمنع دخوله تحت الخبر؛ لأنَّ اسم الطَّعام قد صار مخصوصاً في العرف بنوع من الأطعمة حتى إذا أطلِقَ لم يُعقَلْ منه غيره، ألا ترى أنَّه إذا قيل: سوق الطَّعام، لم يُعقَلْ منه سوق الصنادلة، وإن كان يباع فيها أشياء مطعومة، وإنَّما يُعقَل منه السُّوق التي تباع فيها الحنطة، فإذا كان كذلك انصرف الخبر إلى ما يعقل من إطلاقه، ولم يجزْ حمله على كلِّ مطعوم.

فإن قيل: تسميةُ سوق الطَّعام معنى لا تعرفه العرب.

قيل له: الكوفة والبصرة معربان، والقوم تثبت الحجَّة بقولهم، وسمَّوا هذه الأسواق بلغتهم.

فإن قيل: لو كانت النورة والجص مثل الطَّعام، لم يكنْ لتخصيص الطَّعام معنى.

قيل له: كما خصَّ النهي عن بيع الطَّعام قبل القبض، وإن كان الطَّعام وغيره سواء.

واحتجَّ بأنَّ النَّبيَّ ﷺ نصَّ على أعلى المأكولات، وهي الحنطة، وعلى أدناها، وهي الملح، وحرم التفاضل فيهما، فنبَّه على حكم سائر

---

= الأوسط» (٢٧٤١) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

المأكولات؛ لأنَّ من شأنِ العربِ أن تنصَّ على الأعلى والأدنى، فتنبِّهَ على ما عداهما.

والجواب: أنَّا نقلب عليهم فنقول: نصَّ على أعلى المكيلات وعلى أدناها، فنبَّه بذلك على سائر المكيلات.

فإن قيل: نصَّ على أشياء مختلفة في الأكلِ، فلو كان مراده تعليق الحكم بالكيلِ، لذكر جنساً واحداً، واقتصر عليه.

قيل له: هي متَّفقة في الأكلِ، وإنَّما تختلف في معانٍ أُخر، وهي الطعوم ونحوها، فنقول لك: لو كان مراده تعليق الحكم بالأكلِ، لذكر جنساً واحداً، واقتصر عليه.

وعلى أنَّه قد ذكر الذهب والفضة، والعلَّة فيهما واحدة عندهم، وهو كونها قيمَ المتلفات.

واحتجَّ بأنَّ اللهَ ـ تعالى ـ نهى عن أكل الرِّبا بقوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾[آل عمران: ١٣٠]، ولا يجوز أن ينهي عن أكل ما لا يتأتَّى فيه الأكل.

والجواب: أنَّ هذا يقتضي ثبوت الرِّبا في المأكولِ، وفي غيره موقوف على الدليلِ.

وعلى أنَّ الأكلَ يفيد التناول بدلالة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[البقرة: ١٨٨].

وقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ﴾[النساء: ٢]، والمراد به الأخذ.

واحتجَّ بأنَّ الكيلَ معنى يُتَخلَّصُ به الرِّبا، فوجب أن لا يكون

علَّة في التَّحريمِ.

أصله: القبض في المجلسِ؛ فإنَّـه لمَّا كان معنى يُتَخلَّصُ بـه من الرِّبا، لم يكنْ علَّةً فيه.

والجواب: أنَّ علَّة التحريم زيادة كيـل في جنس، وعلَّة التحليل التساوي في الكيلِ، فعلَّةُ التحريم غيـرُ علَّة التحليل، وإذا كان كذلك، فلم يجعل ما يُتَخلَّصُ به من الرِّبا علَّةً في التحريمِ.

ولو جعلنا العلَّةَ الكيلَ لم يلزمنا ما قالوه أيضاً؛ لأنَّا نجعلُهُ علَّةً لتحريم[1] التفاضل، وعلَّة لإباحة[2] التساوي، ولا يمتنع أن يكون الشيءُ الواحد علَّةً لتحريم شيء، وإباحـة شيء آخر، كالحيضِ هـو علَّة لتحريم الوطء، [و]لإباحة الإفطار.

فأمَّا القبض في المجلسِ فهو دليلنا؛ لأنَّه لمَّا كان سبباً للتخلص من الرِّبا، كان فقده موجباً للرِّبا.

وعن هذه أجوبة أُخَرُ غير ما ذكرنا:

أحدها: أنَّا لا نسلِّم أنَّ الكيلَ يُتَخلَّصُ به من الرِّبا، وإنَّما التخلُّص بالمساواة في الكيل.

ولأنَّ ما جاز أن يقال: إنَّه يُتَخلَّصُ به من الرِّبا مع المساواة، جاز أن يقال: لا يُتَخلَّصُ به من الرِّبا، ويراد به: مع التفاضل.

---

(١) في «م» و«ت»: «التحريم».

(٢) في «م» و«ت»: «الإباحة».

وجواب ثانٍ[1]: القول بموجب العلة، ولأنَّ الكيلَ ليس بعلةٍ للربا، وإنَّما العلة مكيل جنس، والتفاضل علَّة في بطلان العقد.

وجواب ثالث، وهو: أنَّ القبضَ لا يختصُّ عقود الرِّبا بدليل أنَّه شرط في الهبة، والكيل يختصُّ بعقد الرِّبا، ولا يتعدَّاه، فلهذا كان علَّة.

واحتجَّ بأنَّ بيع القَصيلَ[2] بالقصيل جائز لعدم الأكل، وإذا عقد الحبُّ لم يجزْ لوجود الأكل، وكذلك المسلوخة بالمسلوختين لا يجوز لوجود الأكل، وقد كان قبل ذلك يجوز بيع شاة بشاتين.

والجواب: أنَّا نقلب عليهم فنقول: بيع القصيل بالقصيلِ يجوز لعدم الكيل، وإذا عقد الحبُّ لم يجزْ لوجود الكيل، فعُلِمَ أنَّ الاعتبارَ بالكيلِ.

وكذلك المسلوختان، وإنَّما لم يجزْ متفاضلاً لوجود الوزن فيهما، [لا] لوجود الأكل.

واحتجَّ بأنَّ الكيلَ موضوعٌ لمعرفة المقادير، فلا يجوز أن يكون علَّة لتحريم البيع متفاضلاً، كالذَّرعِ[3] والعدد.

والجواب: أنَّا قد بيَّنَّا: أنَّ علَّة تحريم المبيع زيادة الكيل، وزيادة الكيل لم توضعْ لمعرفة المقادير.

---

(١) في «ت»: «ثاني»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) أي: ما قُطِعَ من حنطة أو شعير، وهو أخضر، والله أعلم.

(٣) في «م» و«ت»: «الزرع».

على أنَّ زيادة الذَّرعِ ليس لها تأثيـر في تحريم البيـع، فلم يجز أن يكون الذَّرع علَّة.

فعلى هذا القياس لمَّا لم يكن لزيادة الأكل تأثير في تحريم البيع، وجـب أن لا يكون الأكـل علَّة، وأمَّا زيادة الكيل فلها تأثيـر في تحريمِ البيع، فجاز أن يكون الكيل علَّة.

ولأنَّ الذَّرعَ والعَدَّ كلٌّ واحد منهما لم يجعلْ علماً للتخلص من الرِّبا، فلم يكن علَّةً فيه، ولمَّا كان الكيل والوزن مقداراً [. . . .][1] جعل علماً للتخلص، جاز أن يكون علَّةً فيه.

واحتجَّ بأنَّ علَّتنا تلازم المعلولَ؛ لأنَّ المأكول لا يخرج عن كونه مأكولاً، وعلَّتكم تفارقه؛ لأنَّ الشيءَ قد يكون مكيلاً في وقت، ثمَّ تتغير العادة، فيصير موزوناً، وقد يكون مكيلاً في موضع، وموزوناً في موضع آخر، فيجب أن تكون علَّـتُنا أولى.

والجواب: أنَّ الَّتي تلازم المعلول والَّتي تفارقه سواء عندنا، ألا ترى أنَّ السَّومَ علَّةٌ لوجوب السائمة، ويجوز أن تفارق المعلول، ثمَّ هي والَّتي تلازم المعلول سواء.

واحتجَّ بأنَّ علَّتنا أعمُّ من علتكم وأجرى في الفروع؛ لأنَّها توجد في جميع المأكولات مثل الرمان والسَّفرجل والخوخ والبيض والجـوز واللوز.

---

(١) بياض في «م» بمقدار كلمة.

والجواب: أنَّ كونها أعمُّ لا نرجِّحُ به[1] العلَّة عندنا.

على أنَّ هذا يوجب أن تكون علَّتنا في الذهبِ والفضة ـ وهو الوزن والجنس ـ أولى من علتهم؛ لأنَّها أعمُّ منها.

واحتجَّ بأنَّ علتنا تجري في معلولاتها، ولا يردُّها أصل، ولا تعارضها علَّة هي أولى منها، فيجب أن تكون هي علَّة للحكم.

والجواب: أنَّ علتنا تجري في معلولاتها، ولا يردُّها أصل، ولا تعارضها علَّة هي أولى منها، فيجب أن تكون هي علَّة الحكم.

على أنَّ قولهم: (لا يردها أصل) غلط؛ لأنَّ الأكلَ عند مخالفنا علَّة لتحريم البيع في المكيلاتِ إذا عدم التساوي فيها من جهة المكيل، وقد أجاز بيع الثمرة على رؤوس النخل بالتمرِ إذا كان خمسة أوسق، وإن لم تعلم المساواة بينهما من جهة الكيل، ولم يجز في خمسة أوسقٍ فصاعداً، وإن كانت موضوعة على وجه الأرض.

وأجاز ـ أيضاً ـ بيع البقول الَّتي يأكلها النَّاس بعضها ببعض متفاضلاً مع وجود العلَّة الَّتي يعتبرها في هذا الباب.

وأجاز بيع السمك والجراد متفاضلاً، وهو مطعوم مباح؛ لأنَّه لا تقف إباحته على ذكاة، ولكن أكله يقف على ما يستصلح به، فهو كاللحمِ باللحم لا يباع متفاضلاً، وإن كان أكله يقف على استصلاح.

---

(١) في «م» و«ت»: «بها».

واحتجَّ بأنَّ الأكلَ علَّة ذاتية، والكيل فعلية، والذاتية أشبه بالعقليةِ، والفعليـة أشبه بالشرعيـةِ، وإذا اجتمعـت عقليـة وشرعية كانت العقلية أولى.

والجواب: أنَّ الأكلَ يختلف، ألا ترى أنَّ الهَنِيـدَ تأكله العرب، ولا يأكله غيرهم، ولم يمنع اختلاف العادة في الأكلِ أن يكون علَّة.

والهَنيـدُ: شيءٌ يُعمَلُ من حبِّ الحنظلِ، ومن دهنِهِ، حتى قال شاعرهم:

غَنِيْنَـــا بِالهَنِيـــدِ عَـــنِ الثَّرِيـــدِ

وعلى أنَّ الأكلَ اعتياد النَّاس لأكل الشيء وفعلهم [له][1]، والكيل اعتياد النَّاس بيعه كيلاً وفعلهم له، فأحدهما كالآخرِ.

واحتجَّ بأنَّ ما ذكرتموه يؤدِّي إلى أن يكون الجنس الواحد معللاً بعلَّتين؛ لأنَّ الحنطة فيها الربا؛ لأنَّها مكيل، فإذا خُبِـزَت[2] جرى فيها الربا؛ لأنَّه[3] موزون، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز تعلل الموزون بعلتين.

والجواب: أنَّ الخبزَ بالصنعةِ قد صار في حكم جنس آخر، وبهذا انتقل عن أصله في الكيلِ.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٢) في «م» و«ت»: «أجيزت».

(٣) أي: الخبز، والله أعلم.

واحتجَّ بأنَّ الأعيان تُكالُ وتُوزَنُ في بلـد، ولا تُكالُ وتُوزَنُ في غيره، فيؤدِّي إلى أن يكون الشيء فيه الرِّبا في بعض البلاد دون بعض.

والجواب: أنَّه لا يمتنع ذلك، كما أنَّ الشمسَ تغيـب في بعض البلاد، فيباح الفطر، وهي باقيـة في غيره، فيحرم الفطر، وتزول في بعضها، فيدخل الوقت[1].

على أنَّ هذا لا يصحُّ على أصلنا؛ لأنَّ الاعتبارَ عندنا في الأشياءِ بمكة والمدينة، فما كان مكيلاً بالمدينةِ فهو مكيل في سائر البلاد، وإن خالف عادتهم، وكذلك الموزون.

*** فصل:**

والدَّلالة على مالك في اعتبار القوت، وما يصلحه من المدخراتِ: ما تقدَّم من حديث عبـادة وأنس، عن النَّبيِّ ﷺ: «مَا وُزِنَ مِثْـلاً بِمِثْلٍ، وَمَا كِيْلَ مِثْلُ[2] ذَلِكَ».

وهذا يعمُّ المُقتات والمُدَّخَرَ وغيره.

وكذلك حديث ابن عمر: «لا تَبِـيعُوا الصَّاعَ بِالصَّاعَينِ».

وبيَّنَّا أنَّ المرادَ به: ما يدخل في الصاعِ، وذلك عامٌّ في المقتاتِ وغيره.

ولأنَّ غير المقتات، كالسُّمسمِ وبزر كتان والأشنان والنورة مكيل،

---

(١) كذا في «م» و«ت»، ولعل في الكلام سقطاً.

(٢) في «م» و«ت»: «بمثل».

فوجب أن يحرم التفاضل فيه.

دليله: المقتات المدخر.

ولأنَّ التأثيرَ للكيل دون الاقتيات بدليل أنَّه متى وُجِدَت الزِّيادة في الكيلِ حرُمَ البيع، ومتى وُجِدَ التساوي جاز البيع، وإن تفاضلا في الاقتيات، مثل قفيز حنطة جيدة[1] بقفيز حنطة رديئة عفنة.

وإن شئت قلت: إنَّ الزِّيادةَ في الاقتيات لها تأثير في تحريم البيع، فوجب أن لا يكون الاقتيات مع غيره علَّة.

دليله: الزِّيادة في الطعمِ والزِّيادة في الذَّرعِ.

ولأنَّ القوت والادِّخار ليس بعلم للمقدرات، فلا يكون علَّةً، كاللونِ والرائحة.

والقوت[2] لا يجوز أن يكون علَّة؛ لأنَّ الملحَ ليس بقوت، ويجري فيه الرِّبا، وكونه مصلحة للقوت لا يجوز أن يكون علَّة؛ لأنَّ الماء والحطب من مصلحته، وليس بعلَّة.

واحتجَّ المخالف بأنَّ النَّبيَّ ﷺ نصَّ على أربعة أشياء جميعها مكيلة، فلو كان المراد مجرَّد الكيل لاقتصر على واحد منها.

قالوا: ولا تنقلب علَّتنا في القوت؛ لأنَّا نستفيد بنصِّه على كلِّ واحد من الأعيانِ الأربعة ما لا نستفيد بنصِّه على أحدهما، وهو:

---

(١) في «ت»: «جيد».

(٢) في «م» و«ت»: «ولأنَّ القوت».

أنَّه نبَّه بالبُرِّ على كلِّ مقتات تعمُّ الحاجة إليه، وتقوم الأبدان بتناوله.

ونصَّ على الشعيرِ تنبيهاً على مشاركته في معناه ممَّا يقتات حال الضرورة، كالذرة والدُّخن وغيرهما، وأنَّ انفراده بكون[ـه] علفاً للبهائم لا يخرجه عن حكم القوت، وأنَّ الرِّبا لا يتعلَّق بما يقتات حال الرفاهية والسعة دون حال الضرورة.

وذكر التمر تنبيهاً به على العسلِ والزبيب والسكر وكلِّ حلاوة مدخرة غالباً للاقتيات، وأنَّ الرِّبا يتعلق بنوع الحلاوات.

وذكر الملح تنبيهاً على الأبازيرِ، وما يتبع الاقتيات، ويُصْلِحُ المقتات، وأنَّ الرِّبا ليس[1] بمقصور، [ولو كان] مراده تعليق الحكم بالقوتِ، لاقتصر على ذكر الشعير، فيكون منبهاً[2] على ما يُقتاتُ حال الضرورة من التمرِ والزبيب، فلمَّا كرَّر ذلك التمر والشعير، وهما يُقتاتان حال الضرورة، دلَّ على أنَّه لم يردْ تعليق الحكم بالقوت.

وجواب آخر، وهو: أنَّه لا يمتنع أن تكون العلَّة الكيل، ولا تقتصر على أحد المكيلات، كما كانت العلَّة عند مالك في الذهبِ والفضة كونها ثمناً، ومع هذا فلم يقتصر على أحدهما، بل قد قال: الذهب بالذهبِ والفضة بالفضةِ مثلاً بمثل، كذلك هاهنا.

---

(١) في «ت» و«م»: «ما ليس».

(٢) في «م» و«ت»: «بينهما».

واحتجَّ بأنَّ علتنا يتعلق تأثيرها بكلٍّ واحد من المنصوص عليه؛ لأنَّه لو لم يذكره لم يُستفَدْ تعلق الربا بنوعه، ولا يوجد ذلك في علتكم؛ [فـ]إنَّـه يستوي فيها نصُّه على واحد منها، وعلى جميعها؛ لأنَّ الكيل واحد فيها.

والجواب: أنا قـد بيَّنَّا: أنـه قـد كـان يستفيد بذكر أحدها[1] على غيره؛ لأنَّ في ذكر الشعير تنبيهاً على الحنطة التي هي أعلى منها، وعلى التمر ـ أيضاً ـ الذي هو أعلى من الشعير؛ لأن فيه قوتاً وحلاوة.

واحتجَّ بأنَّ الربا شُرِعَ تحريمه حراسة للأموال وحفظاً لها، ولانتفاء الضرر عن الناس فيها، وقـد ثبت أنَّـه ليس بعام عندنا وعندكم في كل المُتموَّلات، فوجب أن يكون في ما تمسُّ الحاجة إليـه، وتشتدُّ الضرورة إلى حفظه، وهي الأقوات، وما في معناها من [. . . .][2]، وهو الأثمان.

والجواب: أنَّ الحاجةَ لا تمسُّ الملح؛ لأنَّا نعلم أنَّ الحاجـةَ إليه تابعة لغيره، ومع هذا ففيـه الرِّبا، كذلك لا يمتنع في ما عداه أن يكون الرِّبا يجري فيه، وإن لم تمسه الحاجة.

وعلى أنا قد بينا: أنَّ الاقتيات لا يجوز أن يكون علَّة من الوجـهِ الَّذي ذكرنا.

* * *

(١) في «ت» و«م»: «أحدهما».

(٢) بياض في «ت» و«م».

## ٢٧٣ ـ مَسْأَلَةٌ

## لا يجوزُ بيعُ تمرةٍ بتمرتين، وحبَّةٍ بحبَّتين:

نصَّ عليه في رواية جعفر بن محمَّد: وقد سُئِلَ عن تمرة بتمرتين، فقال: لا، كيلاً بكيل، ومثلاً بمثل.

وكذلك نقل ابن منصور عنه: أكره تمرة بتمرتين.

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

دليلنا: ما تقدَّم من حديث عبادة، عن النَّبيِّ ﷺ: «الذَّهَبُ بالذَّهبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ، وَالفِضَّةُ بالفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ، والبُرُّ بِالبُرِّ كَيْلاً بِكَيْلٍ».

وروى أبو بكر في لفظ آخر: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذَّهب بالذهبِ، والفضةِ بالفضةِ، والبُرُّ بالبُرِّ، والشعير بالشعيرِ، والملح بالملحِ إلا مثلاً بمثل، سواء بسواء، فمن زاد أو ازداد فقد أربى.

ولم يُفرِّق بين القليل والكثير.

فإن قيل: الخبر لا يتناول إلا ما يتأتَّى فيه الكيل، والقليل لا يتأتَّى فيه الكيل.

قيل له: المساواة كيلاً ذكرها في الاستثناءِ دون المستثنى منه، وتخصيصُ الاستثناء لا يوجب تخصيص المستثنى منه، كما قال تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة: ٢٢٨] عامٌّ، ثمَّ قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[البقرة: ٢٢٨] خاصٌّ في الرجعيات.

وجواب آخر، وهو: أنَّ اليسيرَ يتأتَّى كيلـه في حفرة من خشبة أو أرض، أو قشر فستقة، وما أشبه ذلك، فوجب اعتبار المساواة بذلك، وإن خرج عن العادةِ، كما اعتبرنا المساواة في الموزوناتِ، وإن كانت صغيرتان[1] لا يمكن وزنهما بالميزانِ في العادةِ.

ولأنَّ كلَّ جنس يجري فيه الرِّبا وجب أن يستوي قليله وكثيره.

أصله: الذهب والفضة.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ العلَّةَ توجد في قليله وكثيره، وهو الوزن مع الجنس، ويعدم في قليل الكيل.

قيل له: قد بيَّنَّا أنَّها توجد في قليل المكيل، كما توجد في كثيره، وإن خرج عن العادةِ لقلَّتـه، كما يُعتبَـرُ الوزن في الموزونِ، وإن خرج عن العادةِ لكثرته.

واحتجَّ المخالف بأنَّه ليس بمكيل، ولا موزون، فوجب جواز بيع بعضه ببعض متفاضلاً، كالثيابِ ونحوها.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّه ليس بمكيل من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

وعلى أنَّ الثيابَ جنس لا يجري فيـه الرِّبـا، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه جنس يجري فيه الرِّبا، فاستوى قليله وكثيره، كالموزون.

واحتجَّ بأنَّ على مستهلكها القيمة، فهي كالثياب.

والجواب: أنا لا نسلِّم هذا، بل عليه المثل دون القيمة.

---

(١) الكلمة غير واضحة في «ت» و«م».

ثمَّ المعنى في الثياب ما تقدَّم.

* * *

## ٢٧٤ ـ مَسْأَلَة

### [علَّةُ] تحريمِ البيعِ متفاضلاً في الذَّهبِ والفضَّةِ زيادةُ وزنٍ في جنسٍ:

نصَّ على هذا في رواية ابن القاسم وسندي، فقال: رطل حديد برطلي[١] حديد لا يجوز قياساً على الذهبِ والفضة.

ونقل عنه أيضاً: رطل تِبْرٍ برطلي[٢] تِبْرٍ لا يصلح.

وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك والشَّافعي: العلَّة كونها أثمان الأشياء، وقيم المتلفات.

دليلنا: ما تقدَّم من حديث أنس: «مَا وُزِنَ مِثْلاً بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوعاً وَاحِداً»، وهذا عامٌّ في جميع الموزونات.

ويدلُّ عليه ما روى أبو الحسن الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن أبي سعيد الخُدريِّ وأبي هُريرةَ: أنَّ رسول الله ﷺ بعث سواد[٣] بن غزيَّةَ أخا بني عدي من الأنصارِ، وأمَّره على خيبرَ، فقدم عليه بتمر جنيب؛ يعني:

---

(١) في «م» و«ت»: «برطلين».

(٢) في «م» و«ت»: «برطلين».

(٣) في «م» و«ت»: «سوار».

الطيب، فقال رسول الله ﷺ: «أَكُلُّ تَمْـرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟» قال: لا والله يا رسول الله! إنَّا نشتري الصاع بالصاعينِ، والصاعين بالثلاثـةِ آصع من الجمعِ، فقال رسول الله ﷺ: «لا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ بِـعْ هَذَا، وَاشْتَرِ بِثَمَنِهِ مِنْ هَذَا، وَكَذَلِكَ المِيْزَانُ»[1].

ومعلوم أنَّه لم يردْ نفس الميزان؛ لاتفاق المسلمين على جواز بيع الموازين بعضها ببعض متفاضلاً، فعُلِمَ أنَّه أراد به ما يدخل في الوزنِ، فاقتضى عمومه تحريم التفاضل في سائـر الموزونـات، ومخالفنا يزعم أنَّ التفاضلَ في الموزوناتِ لا يحرم إلا الذهبَ بالذهبِ والفضةَ بالفضةِ خاصَّة.

فإن قيل: هذا دعوى العموم في المضمرات.

قيل له: أهل اللغة تحذف المضاف، وتقيم المضاف إليه مقامه، فقوله: «وَكَذَلِكَ المِيْزَانُ»؛ يعني: ذي ميزان.

والاسمُ إذا بطل حمله على حقيقته، وجب حمله على التوسعِ؛ لئلا يبطل كلام الرسول ﷺ.

ولأنَّ الحـديـدَ والرصاص مـوزونُ جنـسٍ، فوجـب[2] أن يحـرم التفاضل فيه.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننـه» (٣/ ١٧). ورواه البخاري (٢١٨٠)، ومسلم (١٥٩٣) كذلك.

(٢) في «ت» و«م»: «ووجب».

دليله: الذهب والفضة.

أو نقول: زيادة وزن من جنس، فتعلَّق بها التحريم، كالأثمانِ.

ولأنَّه لا يُعرَفُ بها المقدار، فلم تكن علَّة لكونه ذهباً.

ولأنَّ علتهم تبطل بالفلوس؛ لأنَّها إذا [أ]نفقت أثمان، ولا ربا فيها.

ولأنَّ تحريم التفاضل من الذهب والفضة مستفاد من جهة النَّصِّ، ولا معنى لأنْ تُستنبَطَ منهما علَّةٌ لا تثبت حكماً في فرع، ولا تفيد إلا ما أفاده النَّصُّ، ألا ترى أنَّا لمَّا استفدنا أنَّ الظهر أربع ركعات والمغرب ثلاث ركعات بالإجماع، لم يجزْ أن نستنبط منهما علَّة لا تثبت حكماً في فرع، ولا تفيد غير ما أفاده الإجماع.

فإن قيل: النَّصُّ أفاد تحريم التفاضل فيهما، ولم يفدنا المعنى الَّذي لأجله حرم، وإذا استنبطنا منهما علَّة عرفنا المعنى الَّذي به تعلق الحكم، واستفدنا الفرق بين حكم مُعلَّل، وبين حكم استأثر الله بعلمه، ولم يطلعنا عليه.

قيل له: فيجب أن تطلبَ العلَّة في أنَّ الظهرَ لِمَ كانت أربعاً، والمغرب ثلاثاً لهذا المعنى؟

وجواب آخر، وهو: أنَّه لا فائدة في معرفة معنى الحكم إذا لم يتعدَّ إلى غيره؛ لأنَّه لا يفيد إلا ما أفاده النص.

وربما سأل المخالف هذا السؤال على وجه آخر، وهو أنَّه قال: يفيد الفرق بينه وبين غيره.

قيل له: فهل[1] مثل هذا في الظهرِ والفجر يجب أن يطلب الفرق بينهما؟!

فإن قيل: لا يمتنع أن تكون علَّة صحيحة، وإن دلَّت على ما دلَّ عليه النَّصُّ، كما أن خبر الواحد يكون دالاً على ما دلَّ عليه نصُّ القرآن، ويكون صحيحاً.

وقد يكون في الفرعِ نصٌّ، ويصحُّ مع ذلك القياسُ على أصلٍ بعلَّته، كما نقول في تحريم النبيذ: فيه نصوص كثيرة، ونقيسه على الخمرِ، فثبت تحريمها.

قيل له: نصُّ القرآن وخبر الواحد كلُّ واحد منهما يدلُّ على نفس الحكم، وما اختلفنا فيه يدلُّ على علته، وعلَّة الحكم من شأنها أن تكون متعدِّية مفيدة بدليل علَّة الرِّبا؛ نحن نعلم أنَّ النصَّ ورد على ستة أشياء، فلمَّا طلبنا علَّة الحكم، وجب تعدِّيها، فالمخالف يعديها إلى كلِّ مطعوم، ونحن نعديها إلى كلِّ مكيل، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الرِّبا لا يثبت في معمول الصفر والنحاس، فلم يثبت في أصله، كالطين، وعكسه: الذهب والفضة.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم الوصف؛ فروى أبو طالب وأحمد بن هشام وحرب: لا يباع فِلسٌ بفلسين، ولا سكِّينٌ بسكينين، ولا إبرة بإبرتين؛ أصله الوزن.

---

(١) في «ت» و«م»: «فعل».

وبه قال أبو بكر من أصحابنا.

ونقل ابن منصور وإبراهيم ويعقوب بن لحيان وحنبل: لا بأسَ ثوب بثوبين وكساء بكسائين يداً بيدٍ.

فعلى هـذا المعنى في المعمـولِ وفي الأصـلِ: أنَّـه لا يُكـالُ، ولا يُوزَنُ، وهذا موزون جنسٍ، أشبه الذهب والفضة.

واحتجَّ بأنَّ إسلامَ الفضة والذهب في الصفرِ والنحاس جائز، ولو كان الربا ثابتاً فيهما بعلَّة واحدة، لم يجزْ ذلك، كما لا يجـوز إسلام الذهـب في الفضة، ولا الطَّعام في الشعيرِ، فلمَّا جـاز ذلك ثبت أنَّه لا تجمعهما علَّة واحـدة في الرِّبـا، كالدراهم مع الثياب، والذهب مع الطَّعام.

والجواب: أنَّ القياسَ يقتضي المنع، لكن أجزناه لأجل الحاجة، وهو: أنَّ الدراهمَ والدنانير أثمان الأشياء، وبهم حاجة إلى السلمِ، فلو منعنا من ذلك كان فيـه مشقة عظيمـة، وللمشقَّة تأثيـر بدليل جواز بيـع العرايا، وهو بيع رُطَبٍ بتمرٍ خَرصاً لأجل الحاجة، وكذلك قرض الخبز والعجين، والقياس يمنع.

وجواب آخر، وهو: أنَّه إنَّما لم يجزِ إسلام الذهب في الفضـةِ لاتفاق معانيها، وهي كونها ثمناً، وكذلك المكيل متَّفق المعنى، وهو أنَّ جميعها مثمن، فلمَّا اتَّفقت الأعيان التي جمعتها العلَّة في الصفـةِ حرم النَّساء فيها.

فأما الوزن فيوجد في أشياء متفقة كلها مثمنة، كالزعفرانِ والحديد والرصاص، فيوجد تحريم النساء فيها لاتفاقها، كما أوجب في المكيلاتِ، ويوجـد في أشياء مختلفة بعضها ثمن وبعضها مثمن، فلما اختلـف[1] معناها، صار ذلك كاختلاف العلَّة، فجاز أن يُسلَمَ بعضها في بعض.

يبيِّن ذلك: أنَّ المكيلات كلَّها تُكالُ على صفة واحدة، والموزونات تختلف؛ منها ما يُوزَنُ بالمثقالِ، ولا تقع المسامحة فيه، وهو الذهب والفضة، ومنها ما يوزن بالقَبَّانِ، ويُسامَحُ فيه، كالحديدِ والرصاص، فدلَّ على افتراق الحكمين، فخرج من هذا أنَّه إنَّما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزوناتِ لاختلاف معانيها من وجهين:

أحدهما: أنَّ أحدهما ثمن، والآخر مثمن.

والثَّاني: أنَّهما مختلفان في صفة الوزن، فحصلا في حكم الجنسين من هذا الوجه.

فإن قيل: فيجب أن لا يجوز سَلَم الحلي في الزعفرانِ؛ لأنَّ كلَّ واحد مثمن.

قيل: الحلي من جنس الثمن، ولهذا يحرم التفاضل فيه.

واحتجَّ بأنَّ الوزنَ معنى يُتَخَلَّصُ به من الرِّبا، وجب أن لا يكون علَّة فيه.

أصله: القبض.

---

(١) في «م» و«ت»: «اختلفت».

والجواب عنه: ما تقدَّم في الَّتي قبلها، وهو: أنَّ العلَّة زيادة وزن من جنس، أو العلَّة فيه كونه موزوناً، فعلَّةُ الرِّبا غيرُ المعنى المخلِّصِ من الرِّبا.

وعلى أنَّا قد بيَّنَّا: أنَّه لا يمتنع أن يكون[1] علَّةً لتحريم الوطء، ولإباحة الإفطار.

وجواب آخر، وهو: أنَّه ليس المخلِّصُ من الرِّبا الوزن، وإنَّما المخلِّصُ المساواةُ في الوزن.

وجواب آخر، وهو: أنَّ القبضَ لا يختصُّ عقود الرِّبا، والوزن يختصُّها[2] من الوجهِ الَّذي ذكرنا في التي قبلها.

واحتجَّ بأنَّه معنى يُقدَّرُ بـه الشيء، أو جُعِلَ لمعرفة المقادير، أشبه العدَّ والذَّرع.

والجواب: أنا قد بيَّنَّا: أنَّ الزِّيـادةَ هي علَّة التحريم، وليس الزيادة هي التي يقدَّر بها الشيء.

على أنَّ زيادة الذَّرع والعـدد ليس لها تأثير في تحريم المبيع، فلم يجز أن يكون الذَّرع والعدُّ علةً، وليس كذلك زيادة القـدر؛ فإنَّها تؤثِّرُ في تحريم المبيـع، وهـو الزِّيادة في الذهـبِ والفضة، فجـاز أن يكون الوزن علَّة.

---

(١) أي: الحيض، والله أعلم.

(٢) في «ت»: «تخصيصها»، وموضعها غير واضح في «م».

ولأنَّ العددَ والذرعَ كلَّ واحد منهما لم يُجعلْ علماً للتخلص من الرِّبـا، فلم يكن علَّة فيه، ولمَّا كان الكيل والوزن مقداراً جُعِلَ علماً للتخلصِ من الرِّبا، جاز أن يكون علةً فيه.

واحتجَّ بأنَّ علَّتنا لا تنتقض، ولا تخالف نصّاً ولا إجماعاً.

والجواب: أنَّ هذه الطريقة لا تدلُّ على الصحَّـة؛ لأنَّ المختلفين في المذهبِ[1] يعلِّلُ كلُّ واحد منهما مذهبه بعلَّةٍ على هذه الصفـة، ثمَّ إحد[ا]هما باطلة، فعُلِمَ أنَّ هذا بدليل.

على أنَّها تبطل بالفلوسِ إذا أنفقـت؛ فإنَّها أثمان، ولا ربا فيها عندهم.

وعلى أنَّا ندَّعي في علَّتنا مثل ما ادَّعوه، فلا فرقَ بينهما.

* * *

## ٢٧٥ ـ مَسْأَلَةٌ

**لا يجوزُ بيعُ فلسٍ بفلسين سواء كانت نافقـةً، أو كاسدةً، وسواء كانت بأعيانها:**

وهذا بناء على المسألة التي بعدها، وأنَّ الرِّبا يجري في معمول الحديد والرَّصاص.

وقد قال أحمد في رواية حنبل: أكره السَّلمَ في الفلوسِ، أو تأخُّرَ

(١) في «ت»: «الذهبِ»، وموضعها غير واضح في «م».

القبض فيها؛ هو صرف.

وظاهر هذا من كلامه: أنَّه جعلها جارية مجرى الأثمان.

وقال أبو حنيفة: إن كانت كاسدة، فلا ربا فيها بحال، وإن كانت نافقة، فباعها بأعيانها، جاز فلس[1] بفلسين، وإن باعها بغير أعيانها، لم يجزْ بيع فلس بفلسين.

دليلنا: أنَّ ما لم يجزْ بيع بعضه ببعض متفاضلاً إذا كان في الذِّمَّةِ لم يجزْ إذا كان معيَّناً، كالذَّهبِ والفضَّة.

فإن قيل: إذا كانت بغير أعيانها صار فلسٌ[2] بفلسٍ[3] قصاصاً، ويبقى فلس ليس بإزائه شيء، وهذا لا يجوز؛ لأنَّه أكلُ مالٍ بالباطلِ، وهذا المعنى معدوم فيها إذا كانت بأعيانها، فلهذا جاز التفاضل.

قيل له: هذا باطل ببيع الذَّهب بالذَّهبِ والفضَّة بالفضَّةِ عيناً بعين؛ فإنَّ القصاص لا يحصل، ومع هذا لا يجوز التفاضل فيها.

فإن قيل: الذَّهب والفضَّة قبضها مستحقٌّ في المجلسِ، والفلوس قبضها غير مستحقٍّ في المجلس.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا، وقد كرهه[4] أحمد في رواية حنبل.

---

(١) في «م» و«ت»: «فلساً».

(٢) في «م» و«ت»: «فلساً».

(٣) في «م» و«ت»: «بفلسين».

(٤) في «ت» و«م»: «ذكره».

واحتجَّ بأنَّها معدودة، فجاز التفاضل فيها، كالثياب.

والجواب: أنَّه يبطل بها إذا كانت بغير أعيانها.

وعلى أنا لا نسلِّم أنَّها معدودة، بل هي موزونة، والمعنى في الثياب: أنه يجوز التفاضل فيها إذا كانت في الذِّمَّةِ، وهذا بخلافه.

* * *

## ٢٧٦ ـ مَسْأَلَةٌ

## يجري الرِّبا في معمول الصُّفرِ والنُّحاس والرَّصاص، ونحو ذلك:

نصَّ عليه في رواية أبي طالب وأحمد بن هشام وحرب فقال: لا يباع فلس بفلسين، ولا سكِّين بسكِّينتين، ولا إبرة بإبرتين.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

دليلنا: ما يثبت الرِّبا بتبره يثبت في معموله.

دليله: الذَّهب والفضَّة، وعكسه: الطين.

فإن قيل: معموله[١] وتبره موزون، فلهذا جرى الرِّبا فيه، وما عُمِلَ منه[٢] خرج بالصَّنعةِ عن حدِّ الوزن، فصار في حكم المعدود، فلهذا لم يثبت الرِّبا فيه.

---

(١) أي: الذَّهب والفضَّة، والله أعلم.

(٢) أي: الحديد والنحاس والرصاص ونحوها، والله أعلم.

قيل له: ليس الأمر على هذا، بل العادة فيها الوزن، وأنَّ ثمن الثَّقيل[1] منها أكثر من ثمن الخفيف، فكيف يُقال: إنَّها معدودة؟!

ولو كان هذا لجاز أن يُقالَ: المصوغ من الذَّهبِ والفضَّة معدود، وليس بموزون؛ لأنَّ الخواتيم الصغار والسكاكين المحلاة يقصد منها عددها وصفتها، دون وزنها، ومع هذا فالوزن معتبرٌ فيها.

ولأنَّ كلَّ صفة لو كان عليها الذَّهب والفضَّة جرى فيها الرِّبا، فإذا كان عليها الحديد والرَّصاص جرى فيه الرِّبا.

دليله: إذا كان تبراً.

فإن قيل: أليس قد قال أحمد في رواية ابن منصور وابن إبراهيمَ وحنبل ويعقوب بن لحيان في ثوب بثوبين وكساء بكساوين: لا بأسَ به يداً بيدٍ.

قيل له: إنَّما قال هذا في ثياب لا يُبتغَى منها الوزن، كالصوفِ والقطن، فأمَّا للإبْرَيْسَمُ؛ فإنَّه لا يجوز ذلك فيها؛ لأنَّه يُبتغَى منها الوزن، فهي كالصفرِ والنحاس.

وذهب المخالف إلى الأسئلةِ الَّتي تقدمت، وقد أجبنا عنها.

* * *

---

(١) في «م» و«ت»: «القليل».

## ٢٧٧ ـ مَسْأَلَةٌ

### التفاضلُ جائزٌ في الماءِ:

أومأ إليه أحمد في رواية أبي الصقر في عين ماء بين أقوام بينهم نوائب[1]، فاقترض بعضهم نوبة صاحبه، فقال: إن كان محدوداً يعرف، ثمَّ يجمع، فلا بأس.

فقد أجاز قرضه، ولم يعتبر فيه كيلاً، ولا وزناً، ولو كان فيه الرِّبا لاعتبر ذلك.

وروي عن مالك رواية: أنَّه لا يجوز.

وروي عن محمَّد: أنَّ الماءَ مكيل.

دليلنا: أنَّ كلَّ ما لم ينصَّ النَّبي ﷺ على أنَّه يباع كيلاً، أو وزناً؛ فإنَّه يُرجَعُ في كونه مكيلاً أو موزوناً إلى مكَّة والمدينة، وعندهم إلى العادةِ.

ومعلوم أنَّ الماءَ ليس بمكيل ولا موزون بمكة والمدينة، ولا في العادةِ، ولا فيه نصٌّ أيضاً، فلم يكن مكيلاً، كالمعدوداتِ والمذروعات.

واحتجَّ المخالف بأنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يغتسل بالصاعِ، ويتوضأ بالمدِّ، فلو لم يكنْ مكيلاً ما قدره بالمدِّ والصاع.

والجواب: أنَّه قدَّر ذلك بالصاعِ والمد في الوضوء والغسلِ بضرب من التقريبِ، فأمَّا أن يكون مكيلاً في العقود، فلم يُنقَلْ ذلك،

---

(١) أي: نوبات، والله أعلم.

والرِّبا إنَّما يدخل في ما كان مكيلاً في العقود.

* * *

## ٢٧٨ ـ مَسْأَلَة

**إذا باع جنساً يجري فيه الرِّبا بعضه ببعض، وتفرَّقا قبل القبض، بطل البيع، وذلك مثل المكيل بعضه ببعض، والموزون بعضه ببعض:**

نصَّ على هذا في رواية صالح فقال: لا يجوز بيع البر بالبرِّ، والشعير بالشعيرِ، والتمر بالتمرِ إلا يداً بيد.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية أبي طالب: الفلوس والنحاس أصله وزنٌ(١)، لا يباع واحد باثنين، ولا الرطل بالرطلينِ، أذهبُ إلى قول الثوري، شبَّهه بالذَّهبِ والوَرِق؛ لا يباع إلا يداً بيد.

فقد نصَّ على التقابضِ في البرِّ(٢) والشعير والتمر، ونصَّ على ذلك في الحديد والنحاس، وبهذا قال مالك والشَّافعي، إلا أن مالكاً اعتبر ذلك بأصله، وهو المقتات المدَّخر.

و(٣)الشَّافعي اعتبر المطعوم.

---

(١) في «م» و«ت»: «وزناً».

(٢) في «م» و«ت»: «التمرِ».

(٣) في «ت» و«م»: «وقال».

وقال أبو حنيفة: يجوز التفرُّق في ذلك قبل القبض، ولا يجوز شرط الأجل فيه.

دليلنا: ما روى الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن عبادة بن الصَّامت قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ، مِثْلاً بِمِثْلٍ، يَداً بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[1].

وروى ـ أيضاً ـ بإسناده عن عبادة بن الصَّامت: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى أن يُباعَ الذَّهبُ بالذَّهبِ إلا وزناً بوزنٍ، والورقُ بالورقِ وزناً بوزن؛ تبره وعينه، وذكر الشعير بالشعيرِ، والبر بالبرِّ، والتمر بالتمرِ، والملح بالملحِ، ولا بأس بالشعيرِ بالبرِّ يداً بيد، والشعيرُ أكثرهما يداً بيدٍ، فمن زاد، أو أزاد، فقد أربى[2].

فشرط في بيع البر بالبرِّ وبيع البر بالشعيرِ أن يكون يداً بيد، وهذا يمنع جواز التفرق قبل القبض.

فإن قيل: قوله: «يداً بيدٍ» لا يفيد القبض، وإنما يفيد التعيين، وأنَّه يكون نقداً، ولا يكون نسيئة، ألا ترى أنَّ ما رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن بيع الحيوان بالحيوانِ إلا يداً بيدٍ. واتَّفقوا أنَّ القبض في المجلس ليس بشرط في بيع الحيوان بالحيوانِ؟

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٢٤)، وأصله في الصحيحين كما تقدم.

(٢) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ١٨).

فثبت أنَّه أراد به التعيين، وأنه لا يكون نسيئة.

ويُقالُ أيضاً: فلان يبيع يداً بيد؛ يعني: يبيع نقداً، ولا يبيع نسيئة.

قيل له: حقيقة قوله: «يداً بيدٍ» تقتضي التقابض في الحالِ.

ولأنَّه قد قال: «عَيناً بِعَينٍ»، فلا يجوز أن يحمل قولـه: «يداً بيدٍ» على معنى التعيين؛ لأنَّ فيه حمل اللَّفظ على التكرار.

ولأنَّه قد قال: «الذَّهبُ بالذَّهبِ مِثلاً بمِثلٍ يـداً بيـدٍ»، واتفقنا أنَّ المرادَ به القبض.

والقياس: أنَّ ما حَرُمَ فيه النساء، حرم فيه التفرُّق قبل التقابض.

دليله: الذَّهب والفضَّة.

ولا يلزم عليه بيع الجواهر بعضها ببعض؛ أنه يحرم فيها السلم، ولا يحرم فيها التفرق قبل التقابض؛ لأنَّا قلنا: (ما حرم فيه النساء)، والتحريم هناك يرجع إلى العقد؛ لأنَّه عقد على المجهول؛ لأنَّ الجوهرة لا تضبط، فإذا عقد على مجهول كان المحرم هو العقد دون النسيئة.

يدلُّ عليه: أنَّها لو كانت في حُقَّةٍ[1]، وعقد عليها مع حضورها، لم يصح البيع عندنا، ويكون المحرم العقد لأجل الجهالة دون البيع نقداً.

وإن شئت قلت: ما حرم فيه النساء لأجل الرِّبا، حرم فيه التفرق قبل القبض، كالذَّهبِ والفضَّة.

---

(١) الحُقَّة: وِعاءٌ من خَشَبٍ. انظر: «القاموس المحيط».

ولا يدخل عليه بيع الجواهر؛ لأنَّ النساء يحرم فيها لأجل الجهالة دون الرِّبا.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ التفرُّقَ قبل التقابض والنسيئة يجريان مجرى واحداً، ألا ترى أنَّ الذَّهبَ والفضَّة لمَّا حرما[1] في كلٍّ واحد منهما حرما[2] في الآخرِ، وكذلك رأس مال السَّلم لمَّا حرم فيه أحدهما حرم الآخر، وما لا ربا فيه لمَّا لم يحرم النساء فيه، لم يحرم التفرُّق قبل القبض.

فإن قيل: المعنى في الذَّهبِ والفضَّة: أنهما لا يتعيَّنان[3] بالعقدِ، وإنَّما يتعيَّنان بالقبضِ، فكان النساء محرماً؛ لأنَّ العوضَ الَّذي في الذِّمَّة غير معيَّن، ومن شرطه أن يكون معيَّناً، [و]ليس كذلك إذا كانا معيَّنين، فتفرقا قبل التقابض؛ فإنَّ تعينهما بالعقدِ يغني عن القبضِ.

قيل: لا نسلِّم لك هذا؛ لأنَّ الذَّهبَ والفضَّة يتعين بالعقدِ، ولا يجوز التفرُّق فيه قبل القبض.

فإن قيل: المصوغ من جنس ما لا يتعيَّن، فأُلحِقَ[بـ]ـنفسه.

قيل له: إذا فارق جنسه في التعيينِ، جاز أن يفارقه من حكم

(١) في «م» و«ت»: «حرم»، والصواب ما أثبت؛ لأن الضمير عائد إلى النسيئة والتفرق قبل القبض.

(٢) في «م» و«ت»: «حرم».

(٣) في «م» و«ت»: «يتبعان».

التعيين، ولا يشترط القبض فيه، كما أنَّ الجزءَ المشاع من الصُّبـرةِ لمَّا فارق جنسـه في التعيينِ، فبِيعَ غيرَ معيَّن، فارقه في حكمه عندهم، فاشتُرِطَ فيه القبض.

وقياس آخر، وهو: أنَّ كلَّ عقد أفسده دخول الأجل فيه، كـان القبض في المجلسِ شرطاً فيه.

دليله: لو باع جزءاً مشاعاً من صبرة.

ولا يلزم عليه بيع الجواهر؛ لأنَّ المفسدَ هناك الجهالة، وليس المفسد دخول الأجل.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن بيع الطَّعام حتَّى يُقبَضَ.

فظاهره: أنَّه إذا قبض بعد الافتراق جاز بيعه.

وروي عنه: أنَّه نهى عن بيع الطَّعام حتَّى يجري فيـه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري[1].

والجواب: أنَّ هذا احتجاج من دليل الخطاب، والمخالف غير قائل به.

على أنَّ الخبرَ قُصِدَ به منع التصرف في المبيع قبل قبضه، ولم يُقصَدْ بـه بيان صحـة العقـد، وهذا يقف على القبض قبل التفرق، وقـد بيَّن ذلك في خبرنا، فهو أولى.

---

(١) تقدم تخريجه.

واحتجَّ بأنَّهما عينان من غير جنس الأثمان، فوجب أن لا يكون القبض في المجلس شرطاً فيهما.

دليله: الأشياء المعدودات، كالحيوان والثياب والعقار.

والجواب: أنَّ المصوغ من الذَّهبِ والفضَّة قد خرج عن أن يكون ثمناً، ومع هذا فإنَّ القبضَ شرط في المجلسِ.

ثمَّ المعنى في تلك الأشياء: أنَّ الرِّبا لا يدخلها، فلهذا لم يحرم التفرق قبل القبض.

ولا يلزم على هذا الجواهر؛ لأنَّه لم يحرمْ للتفرُّقِ[1]، وإنَّما حرمت للجهالة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّهما عينان يحرم فيهما النساء، فحرم التفرق قبل القبض، كالذَّهبِ والفضَّة.

* * *

## ٢٧٩ ـ مَسْأَلَةٌ

## الحنطةُ والشعيرُ جنسانِ، يجوزُ بيعُ أحدِهما بالآخرِ متفاضلاً ومتماثلاً:

نصَّ عليه في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث: فلا بأسَ بصاعٍ حنطةً بصاعين شعيراً يداً بيدٍ.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

---

(١) في «م» و«ت»: «في التفرقِ».

وقال مالك: هما جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيهما.

وقد أومأ إليه أحمد في رواية حنبل، فقال: الحنطةُ والشعيرُ والسُّلْتُ صنفٌ، وقال: يُكرَه أن يبيع الحنطة بالشعيرِ اثنين بواحد، ويجمعهما في الصدقة.

دليلنا: ما تقدَّم من حديث عبادة: «وَلا بَأسَ بالشَّعيرِ بالبُرِّ، والشَّعيرُ [أكثرُهُما][1]». وهذا نصٌّ.

روى أحمد بإسناده عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «الحِنْطَةُ بالحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ كَيْلاً بِكَيلٍ، وَزْناً بِوَزنٍ، فَمَنْ زَادَ، أَو ازْدَادَ، فَقَدْ أَرْبَى، إلا مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُهُ».

ولون الشعير يخالف لون الحنطة.

رواه أحمد في «المسندِ»[2].

ولأنَّهما عينان لا يُقتاتان في بلد واحد غالباً، فوجب أن يكونا جنسين، كالتمرِ والزبيب.

يبيِّن هذا: أنَّ الزبيبَ والتمر يتفاوتان في المنفعة، كما يتفاوت التمر والشعير.

فإن قيل: فرق بينهما بدليل أنَّه تضمُّ الحنطة إلى الشعيرِ في إيجاب الزَّكاة، ولا يضمُّ التمر إلى الزبيبِ.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت».

(٢) تقدم تخريجه.

قيل: قد يضم الذَّهب إلى الفضَّةِ في إيجاب الزَّكاة، وهما جنسان، وكذلك القطاني[1].

واحتجَّ المخالف بما رُوِيَ: أنَّ معمر بن عبدالله أرسل غلامه بصاع من قمح، فقال: بعه، واشتر شعيراً، فأخذ زيادة بعوض[2] صاع، فقال: ردَّه، ولا تأخذنَّ إلا مثلاً بمثل؛ فإنِّي سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثلاً بِمِثْلٍ»، وكان طعامنا يومئذ الشعير[3].

والجواب: أنَّا نحمل قول النَّبيِّ ﷺ: «الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثلاً بِمِثْلٍ» على البر بالبر، والشعير بالشعيرِ بدليل حديث عبادة.

وقوله: (كان طعامنا يومئذ الشعير) لا يوجب حمل اللَّفظ على سببه، بل يعتبر عمومه عندنا.

وأمَّا امتناع معمر بن عبدالله من ذلك، فالجواب عنه كالجوابِ عمَّا رُوِيَ عن عمرَ وسعد ومُعَيْقِيبِ الدَّوسي وعبد الرحمن بن عبد يغوثَ بالمنع، وهو محمول على طريق الكراهية منه، دون التحريم بدليل ما ذكرنا من حديث عبادة.

واحتجَّ بأنَّهما يتقاربان في المنافعِ، ويتفقان في المنبت والحصاد،

---

(١) أي: حُبوبُ الأرضِ، أو ما سِوَى الحِنْطَةِ والشَّعيرِ والزَّبيبِ والتَّمْرِ، أو هي الحُبوبُ التي تُطْبَخُ. انظر: «القاموس المحيط».

(٢) في «م» و«ت»: «بعرض».

(٣) تقدم تخريجه.

وأحدهما لا يخلو من الآخر، وكانا كالجنس الواحد اعتباراً بالعَلَسِ[1] مع الحنطة، والقشمش مع الزَّبيب.

والجواب: أنَّ التمرَ مع الزبيب يتقاربان في المنافع؛ لأنَّهما حلوان ويُقتاتان، وكذلك الذَّهب والفضَّة؛ لأنَّهما قيمُ المتلفات، وأروشُ الجنايات، ومع هذا فهما جنسان، ويجوز التفاضل بينهما، كذلك هاهنا.

فإن قيل: أليس قد جعلتموها في حكم الجنس الواحدِ في ضمِّ أحدهما إلى الآخرِ في إيجاب الزَّكاة، يجب أن تفعلوا مثل هذا في الربا.

والجواب: أنَّ الذَّهبَ والفضَّة يضمُّ بعضه إلى بعض، وكذلك القطاني، ومع هذا لم يوجبْ ذلك أن يكونا جنساً واحداً، كذلك هاهنا.

وعلى أنَّ في مسألة الضمِّ روايتين.

* * *

## ٢٨٠ ـ مَسْأَلَةٌ

**ما لا ربا فيه يجوزُ بيعُ بعضِهِ ببعضٍ نساءً، وهو ما عدا المكيل والموزون في أصحِّ الروايات:**

نصَّ عليها في رواية حنبل، فقال: إذا لم يكنْ أصلُهُ الكيل والوزن، فلا بأسَ به اثنين بواحد يداً بيد، ونسيئةً.

---

(١) العلس: حبةٌ سوداء إذا أجدبوا طحنوها وأكلوها، وقيل: ضرب من الحنطة.

وبهـذا قال الشَّافعي، إلا أنَّ الشَّـافعي ما لا ربـا فيـه عنـده: عدا المطعوم.

وفيه رواية أخرى: الجنس بانفراده يُحرِّم النساء.

أومأ إليه في رواية حنبل في موضع آخر: وقد ذُكِرَ له قول مكحول: إذا كان الحيوان من صنف واحد فمكروه بيعه نسيئـة، وإذا اختلفت فلا بأس؛ البقرة بشاتين، فقال[1] أبو عبدالله: ولا أرى به بأساً إذا اختلفت، وأتوقَّاه من جنس واحد.

وبهذا قال أبو حنيفة.

وفيه رواية ثالثة: العروض بانفرادها يحرم النســاء سواء اتَّفقت أجناسها، أو اختلفت.

نصَّ عليها في مواضع:

فقال في روايـة حنبل في موضع آخر: لا يباع شيء من الحيوانِ اثنين بواحد إلى أجل، وإن اختلفت أجناسهم.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية أبي طالب: لا يعجبني بعير ببعيرين نساءً.

وقال ـ أيضاً ـ في روايـة أبي الحارث وجعفر بن محمَّد: ثوب بثوبين يداً بيد، ولا يجوز نسيئة.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية ابن إبراهيمَ: ثوب قطن بثوبي[2] كتـان

---

(١) في «م»: «وقال».

(٢) في «م» و«ت»: «بثوبين».

نسيئة لا[1] يجوز؛ اختلف، أو لم يختلفْ.

وهو اختيار الخرقي.

وقال مالك: الزِّيادة في الجنسِ تحرم النساء، فأما التساوي في الجنس، أو الزيادة في الجنسين، فلا تحرم النساء.

وجه الرِّواية الأولى: ما روى الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن عمرو بن العاص: أنَّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، قال عبدالله: ليس عندنا ظهر، فأمره رسول الله ﷺ أن يبتاعَ ظهراً إلى خروج المصدق، وابتاع عبدالله بن عمرو البعير بالبعيرينِ وبالأبعرةِ إلى خروج المصدق بأمر النَّبيِّ ﷺ[2].

قال الدَّارقُطني: حديث صحيح جيد الإسناد.

فوجه الدَّلالة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أمر عبدالله أن يبتاع إبلاً على أن يرد بدلها إبلاً مؤجلة، فابتاع عبدالله بعيراً ببعيرين إلى أجل، فلو كان الجنس بانفراده يحرم النساء لمَّا أمره النَّبيُّ ﷺ أن يأخذ إبلاً مؤجلة.

فإن قيل: ليس في الخبرِ أنَّ النَّبيَّ ﷺ أمره بإثبات الإبل في ذمته إلى أجل، ويجوز أن يكون أمره بشراءِ الإبل بالدراهمِ؛ ليبيع إبل الصدقة، ويقضي من ثمنها.

قيل: في الخبرِ قال: ابتعت البعير بالبعيرينِ إلى إبل الصدقة.

---

(١) في «م» و«ت»: «ولا».

(٢) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٦٩). ورواه أبو داود (٣٣٥٧).

وهـذا يقتضي: أنَّ الشراءَ وقع على نفس الأبعرة دون أثمانها، وفعل ذلك بأمر النَّبيِّ ﷺ.

فإن قيل: يجوز أن يكون النَّبيُّ ﷺ أمره أن يثبت إبلاً مثلها في إبل الصدقة، فأخذ عبدالله على أن تبقى ثابتة في إبل الصدقـة، ومثل هذا جائز عندنا، وإنَّما الخلاف في جواز ثبوتها في الذِّمَّةِ بعقد البيع، وليس في الخبرِ أنَّها ثبتت في ذمة النَّبيِّ ﷺ، أو في ذمة عبدالله.

قيل له: لا يصحُّ إثباتها في إبل الصدقة؛ لأن العوضَ المطلق في البيع إنَّما يثبت في الذِّمَّةِ دون غيرها.

وقد روينا في الخبرِ: فابتاع البعيـرَ بالبعيرينِ وبالأبعرة إلى خروج المصدق.

والقياس: أنَّهما عوضان لا يحرم فيهما التفـرق قبـل التقابض، فوجـب أن لا يحرم إسلام أحدهما في الآخرِ لأجل الربا، أو لا يحرم إسلام أحدهما في الآخر إذا أمكن ضبطه بالوصفِ.

دليله: بيع ثوب كتان بثوب قطن، أو إبريسم، والثوب الهروي بالمروي.

ولا تلزم عليه الجواهر؛ لأنَّه لا يحرم فيها التفرق قبل القبض، ولا يجوز إسلام أحدهما في الآخـرِ؛ لقولنـا: لأجل الرِّبـا، وهناك لمْ يمنع لأجل الربا، لكن لأجل الجهالة، ولعدم ضبط صفاته.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّه عدمَ وَصْفَي علَّةِ تحريم التفاضل،

وهو: الجنس، والكيل أو الوزن، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ أحد وصفي علَّة تحريم التفاضل موجود، وهو الجنس.

قيل له: إذا كان القياس على الثوب الهروي بالمروي، لم تصح المعارضة في الأصل؛ لأنَّ أحد وصفي العلة موجود، وهو الجنس؛ لأنَّ أصلهما القطن، وهو جنسٌ واحد.

فإن قيل: الصنعة تجعلهما جنسين.

قيل له: الصنعة في الفضَّة لا تخرجها عن أصلها، ولا تجعلها جنساً آخر، بل الخلاص من جنس الدراهم المضروبة والحلي سواء.

فإن قيل: الصنعة في الفضَّةِ لا تخرجهما عن حدِّ الوزن.

قيل له: وكذلك أواني الحديد والرَّصاص.

ويبيِّن صحَّة هذا على أصلنا، وأنَّ الصفةَ لا تجعله في حكم الجنسين على أصلنا: أنَّ الخلَّ والدبس من جنس واحد عندنا، ولا يجوز بيع أحدهما بالآخرِ متفاضلاً، وكذلك الرائب ـ وهو الدوخ ـ والحليب جنس واحد، وإن كان الرائب حامضاً بالصنعةِ، وكذلك المصل بالجبن جنس واحد.

وقد قال أحمد ـ في رواية أحمد بن سعيد ـ في اللبنِ بالزُّبدِ والمصل[1] اثنين بواحد: أكرهه؛ لأنَّ أصلهما الطعام، وكذلك الأدهان

---

(١) المصل ـ بفتح الميم ـ: شيء يتخذ من ماء اللبن، فإذا أرادوا أقطاً أو غيره جعلوا اللبن في وعاء من صوف أو خوص، فتنزل مائيته منه، فهو المصل. =

كلها ما كـان منها من السمسمِ لا يجـوز واحـد باثنين، وإن تفاضلت بالصنعة [. . . .][1].

وأمَّـا الكـلام على عـلَّـة الـفـرع فيـأتي في أدلتـهم، إن شـاء الله تعالى.

ولأنَّ الأجلَ أحـد وجهي الربا، فوجب أن لا يعـمَّ الأموال، أو نقول: فلا يجوز تحريمه بمجرَّد الجنس.

دليله: تحريم التفاضل؛ فإنَّه لا يعمُّ جميع الأموال، ولا يتعلَّق بمجرَّد الجنس، بل يختصُّ بالمكيل والموزون، وكذلك الأجل يجب أن لا يعمَّ، ولا يتعلق بمجرد الجنس.

ولا يصحُّ قولهم: (إنَّ جهات الربا ثلاثة: التفرق قبل القبض، والنساء، والتفاضل)؛ لأنَّ التفرقَ قبل القبض والنساء نوع واحد، وهو الافتراق من غير تقابض، والتفاضل نوع آخر من جهة أخرى.

فإن قيل: تحريم النساء أعمُّ وآكد من تحريم التفاضل؛ لأنَّ تحريم التفاضل يختصُّ الجنس الواحد، وتحريم النساء يعمُّ الجنس والجنسين، فلو باع به الشعير مكوك بمكوكين جاز.

قيل لـه: تحريم التقـابض أعمُّ من تحريمِ التفاضـل، ومع هذا لا يعمُّ الأموال، ولا يتعلق بالجنس.

---

= انظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي (ص: ٢٨٠).

(١) الكلمة غير واضحة في «ت»، و«م».

وبيانه: أنَّ بيع الذَّهب بالفضَّةِ يحرم فيه التفرُّق قبل التقابض، ولا يحرم التفاضل في ذلك.

واحتجَّ المخالف بما روى أحمد في «المسندِ» بإسناده عن سمرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوانِ نسيئة[1].

والجواب: أنا نحمل ذلك على النسيئةِ في العوضين جميعاً، وهو الظاهر من الخبرِ؛ لأن النسيئة صفة الحيوان المذكورة في الخبر، فرجع إليهما جميعاً، وتكون الدَّلالة على هذا خبرنا، وهو أحصر.

واحتجَّ بما روى أبو بكر بإسناده عن أسامة بن زيد: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «إنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»[2].

والجواب: أنَّه محمول على ما يجرى فيه الرِّبا بدليل ما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّ الجنسَ أحد وصفي علَّة تحريم التفاضل يداً بيد، فوجب أن يُحرِّم النساء.

دليله: المعنى المضموم إلى الجنسِ، وهو الكيل.

قالوا: ولا يلزم عليه الدراهم في سائر الموزونات؛ لأنَّ من أصلنا جواز تخصيص العلَّة الشرعية.

وقد احترز بعضهم عن ذلك، فقال: أحد وصفي علَّة تحريم

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٥/ ١٢). ورواه أبو داود (٣٣٥٦)، والترمذي (١٢٣٧)، وابن ماجه (٢٢٧٠).

(٢) ورواه مسلم (١٥٩٦).

التفاضلِ في غير جنس الأثمان، أو في ما يتعيَّن.

ولا يلزم عليـه الدراهـم في سائـر الموزونـات؛ لأنَّها من جنس الأثمان، ولأنَّها لا تتعيَّن.

والجواب: أنا لا نسلِّم: أنَّ التحريمَ في الأصلِ ثبت لوجود أحد وصفي علَّـة تحريم التفاضل، وإنَّما ثبـت لوجود علَّتيه، وهو الكيل والجنس.

فإن قاسوا على المكيلِ من جنسين، كالحنطةِ والشعير، وأنَّه يحرم النساء لوجود أحد وصفي علَّة تحريم التفاضل، فالمعنى في الأصلِ: أنَّهما عوضان يحرم إسلام أحدهما في الآخرِ لأجل الرِّبا، فلهذا حرم فيهما النساء، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّهما عوضان لا يحرم التفرق فيهما قبل التقابض، فوجب أن لا يحرم النساء.

دليله: ما ذكرنا.

فإن قيل: ما ذهبتم إليه يفضي إلى أن يكون المعقود عليه ـ وهو الثمن ـ مستحقاً، وهو إذا أسلم في ثوب هروي ثوبـاً مرويـاً، ثمَّ حلَّ الأجل، استحق عليه تسليم ما كان ثمناً، فلم يجز ذلك.

قيل: يجوز ذلك إذا كان استحقاقه بسبب آخر، وهو كونه عوضاً عمَّا في ذمته، فهو بمثابة ما لو باع الثوب الَّذي كان عوضاً في السلمِ، ثمَّ اشتراه؛ فإنَّه يصحُّ، وإن كان مستحقاً في العقدِ الأوَّل، ومستحقاً في العقدِ الثَّاني.

* فصل:

والدَّلالـة على مالك في جـواز التفـاضل في ذلـك: ما تقـدَّم من حديث عمرو بن العاص؛ وأنَّه أخذ بعيراً ببعيرين إلى إبل الصدقة.

ولأنَّهما عوضان لا يحرم النساء فيهما مع التساوي، فلم يحرم مع التفاضل.

دليله: الجنسان.

وعكسه: الذَّهب والفضَّة؛ لما حرم النساء فيهما مع التساوي، حرم مع التفاضل.

واحتجَّ المخالف بعموم قوله ﷺ: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ».

والجواب عنه: ما تقدَّم.

واحتجَّ بأنَّ في الزيادة ذريعةً إلى القرضِ الَّذي يجر نفعاً؛ لأنَّـه كأنَّه أقرضه بعيراً ببعيرين إلى أجل؛ لأنـه ليس هناك اختلاف أغراض، وتباين منافع، فيحمل التفاضل عليـه، فلم يبـقَ إلا ما قلنا، وإذا قويت التهمة فيه منعناه؛ لكونه ذريعة إلى الأمرِ الممنوع منه.

ويفارق هذا إذا تساويا؛ لأنَّ هذه الذريعة معدومة.

قالوا: ولهذا قال أحمد في رواية أبي طالب في من باع طعاماً إلى أجل، فحلَّ الأجل: فلا يأخذ قيمته طعاماً، ولا تمراً، ولا شيئاً يُكالُ ويُوزَنُ؛ لأنَّه يؤدِّي [إلى] دخول النساء في ما يدخله الربا.

والجواب: أنَّه لا يجوز أن يحمل على القرضِ، وله وجه مقصود

في البيع؛ لأنَّه قد يقصد الربح ببيع بعير ببعيرين نساء، كما يقصد ذلك بعقد السلم، فوجب حمله عليه.

واحتجَّ من نصر الرِّواية الثالثة بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «إنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسيئَةِ».

والجواب: أنَّه محمول على ما يجري فيه الرِّبا.

واحتجَّ بأنَّ الأشياءَ نوعان: أثمان، ومثمنات.

ثمَّ ثبت أنَّ الأثمانَ تحرم النساء بانفرادها، كذلك المثمنات.

والجواب: أنَّ المعنى في الأثمانِ: أن يجري فيها الرِّبا، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه لا يجري فيه الرِّبا.

واحتجَّ بما روى أحمد في ما تقدَّم في مسألة علَّة الرِّبا بإسناده عن ابنِ عمرَ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ، وَلا الدِّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ، وَلا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ»، فقام رجل، فقال: يا رسول الله! أرأيت الرَّجل يبيع الفرس بالأفراسِ، والنَّجِيبَ بالإبلِ؟ فقال: «لا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[1].

فقد اعتبر القبض في بيع الحيوان متفاضلاً.

والجواب: أنَّه محمول عليه إذا كان النساء من الطرفين، فيحصل بيع دين بدين.

فإن قيل: فذلك لا يكون يداً بيد، وإنَّما يكون يداً بنسيئة.

---

(١) تقدم تخريجه.

قيل: إنَّما قال: «يداً بيدٍ» على طريق إلحاق أحدهما بالآخرِ اسماً، وذلك كثير في اللغةِ؛ قال الله تعالى: ﴿نَسُوا۟ ٱللَّهَ فَنَسِيَهُمْ﴾[التوبة: ٦٧]، والنسيان إنَّما كان في أحد الطرفين، وهو في حق الآدميِّ، وإنما أخرجه للجزاء.

* * *

## ٢٨١ ـ مَسْأَلَة

### إذا دخلَ المسلمُ دارَ الحربِ بأمانٍ، فباعَ من أهلِ الحربِ درهماً بدرهمين، أو درهمين بدرهمٍ، لم يجزْ:

نصَّ عليه في رواية أبي الحارث وابن إبراهيمَ وابن القاسم: وقد سُئِلَ عن الأسير يشتري الدرهم بدرهمين، فقال: معاذ الله! ما أحلَّ الله الرِّبا في موضع من المواضعِ.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية المَرُّوذِيِّ: وقد سُئِلَ عن الرِّبا في بلاد العدو، قال: لا.

وبهذا قال مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

دليلنا: ما روى عبادة بن الصَّامت، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلا الوَرِقَ بِالوَرِقِ إلا مِثْلاً بِمِثْلٍ»[١].

---

(١) تقدم تخريجه.

ولم يفرِّق بين دار الحرب ودار الإسلام، فهو على العموم.

ولأنَّ ما حرم فعلـه على المسلم في دار الإسـلام، حـرم في دار الحرب، كالزنا وارتكاب الفواحش.

وإن شئت قلت: لأنها إحدى الدارين، فلم يجـز فيها بيـع درهم بدرهمين.

دليله: دار الإسلام.

فإن قيل: سائر الفواحش لا يجوز استباحتها على أهل دار الحرب بوجه، وليس كذلك هاهنا، لأنَّ ما أخذه على وجه الاستباحة، ولا خلاف أنَّ أخذ مال الحربي على وجه الاستباحة يجوز، فلهذا فرَّقنا بينهما.

قيل له: فيجب أن يأخذه في دار الإسلام على الوجهِ الذي يأخذه في دار الحرب؛ لأن أخذ ماله يجوز على وجه الاستباحة.

قيـل لـه: دار الإسـلام دار إبـاحـة في حـقِّ الحـربيِّ إذا لم يكـن له أمان.

يدلُّ عليه: أنَّه إذا دخل دار الإسلام؛ فإنَّه يؤخذ، وما معـه من المال، كما يُؤخَذ في دار الحرب، وإذا كان له أمان منع الأمان من أخذ ذلك.

وكذلك دار الحرب دار إباحة لمن لا أمانَ له من الكفارِ، ومن له أمان لا يجوز أخذ ماله.

وقد نصَّ أحمد على هذا في رواية الميموني: وقد سُئِلَ عن بيع

الأسير في أرض العدو الدرهم بالدرهمينِ، فقال: إذا كـان موثقـاً في أيديهم، ولم يأتمنوه، سرق منهم، وأخذ ما شاء، وإذا دخل بأمانٍ لم يبع الدرهم بالدرهمينِ، ولم يسرق.

فإن قيل: فيجب إذا سرق منهم مالاً، أو قهرهم على مال، وخرج إلى دار الإسلام: أن لا يملكه، ويجب رده إليهم.

قيل: هكذا نقول: إذا دخل دار الحرب بأمان، وكذلك إذا استقرض منهم، واشترى منه في ذمته، وخرج إلى دار الإسلام، وجب عليه أن يُنفِذَ العوض إلى صاحبه.

وقد قال أحمد في رواية أبي داودَ في أسير قال لعِلْجٍ: أخرجني إلى مأمني، وأعطيك كذا: يفي لـه بذلك، فإن لم يجدْ يفديه المسلمون، إن لم يوجدْ في بيت المال.

واحتجَّ المخالف بما روى مكحول، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «لا رِبَا بَيْنَ المُسلِمِينَ وَأَهْلِ الحَرْبِ فِي دَارِ الحرْبِ».

فنفى أن يكون بينهم ربا.

والجواب: أنا لا نعرف هذا الخبر.

ولو صحَّ حملنا قوله: «لا ربا»؛ معنـاه: لا يجوز الرِّبا، كما [قال ﷺ]: «لا جَلَبَ، وَلا جَنَبَ، وَلا شِغَارَ فِي الإِسْلامِ»(١).

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٤/ ٤٣٩)، والنسائي (٣٥٩٠)، والترمذي=

وقوله: «لا صَرُورَةَ فِي الإِسْلامِ»[1].

وقوله: «لا صَلاةَ إلا بِطُهُورٍ»[2]. وما أشبه ذلك.

فيكون حجَّة عليهم، وتكون فائدة التخصيص بدار الحرب؛ ليبيِّن أنَّها ـ وإن كانت دار إباحة ـ فالرِّبا غير جائز فيها.

واحتجَّ بأنَّ ما يأخذه المسلم من الحربِيِّ في دار الحرب لا يأخذه على وجه البيع؛ لأنَّ بيع درهم بدرهمين لا يجوز، وإنَّما يأخذه على وجه الاستباحة، وله أن يأخذه على هذا الوجه؛ لأنَّ أموالهم مباحة لنا ما لم يحظره الأمان، فإذا أعطاه درهمين[3] بطيبة نفسه، وأخذ درهماً، حملنا الأمر على الوجهِ الَّذي يجوز، وهو أنَّ ذلك القدر لم يدخل تحت الأمان.

والجواب: أنَّها في حقِّ من دخل إليهم بأمان دار حظر، وليست بدار إباحة.

وعلى أنَّها دار إباحة في حق الكفار، فأمَّا المسلمون وأموالهم غير مباحة فيها، والخلاف في المسلمينِ إذا تبايعوا فيما بينهم، وإذا تبايعوا

---

= (١١٢٣) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (١/ ٣١٢)، وأبو داود (١٧٢٩)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في «م»: «درهم».

مع أهل الحرب واحد.

ثم يبطلْ هذا بمن تـزوَّج منهم بخمس نسوة، فيجـب أن تكون الخامسة مأخوذة بالاسترقاقِ دون العقد، ويجب إذا قتل منهم في دارهم، وبيعَ جسده بمال أنْ يملكَ المال بالاستباحةِ، ولا يجوز ذلك لما روى ابن المنذر في كتابه عن ابنِ عبَّاس: أنَّ مشركاً قتل يوم الأحزاب، فبعث المشركون إلى رسول الله ﷺ: ابعثْ إلينا جسده، ونعطيك عشرة آلاف درهم، فقال رسول الله ﷺ: «لا خَيْرَ فِي جَسَدِهِ، وَلا ثَمَنِهِ»[1].

وهذا يدلُّ على أنَّ أخذ المال على ذلك لا يحلُّ.

فإن قيل: هذا كان بالمدينـةِ في الوقـتِ الَّذي حاصروا النَّبيَّ ﷺ، وكانت دار إسلام.

ولأنَّـه يحتـمـل أن يـكـون النَّبـيُّ ﷺ فـعـل ذلـك غيـظـاً لهـم، واستخفافـاً بهم.

قيل له: النَّبيُّ ﷺ جعل العلَّة في ردِّ ديتـه؛ لأنَّـه لا خيرَ في جسده، وعلى قولهم العلَّةُ فيه أنَّـه كان في دار الإسلام، أو قصد غيظهم، وهذا خلاف الظاهر.

* * *

(١) ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/ ١٣٣).

## ٢٨٢ ـ مَسْأَلَة

**المكيلاتُ المنصوصُ عليها مكيلةٌ أبداً، لا يجوزُ بيعُ بعضها ببعضٍ إلا كيلاً، والموزوناتُ المنصوصُ عليها موزونةٌ أبداً، وما لم يُنصَّ على تحريم التفاضل فيه كيلاً ولا وزناً، فالمرجع فيه إلى عرف العادة بالحجازِ في عهد رسول الله ﷺ؛**

**فما كانت العادة فيه الكيل، لم يجزْ إلا كيلاً في سائر الدُّنيا.**

**وما كانت العادة فيه الوزن، لم يجزْ إلا وزناً في سائر الدُّنيا.**

**فأمَّا ما ليس هناك عرف، أو حدث لشيء عرف بعد النَّبيِّ ﷺ احتمل أن يُرَدَّ إلى أقربِ الأشياء به شبهاً بالحجازِ، واحتمل أن يُعتبرَ بحاله بالعرف في موضعه:**

وقال أبو حنيفة: ما لم يُنصَّ على تحريم التفاضل فيه كيلاً، ولا وزناً، فالمرجع فيه إلى عادة النَّاس، ولا نخصُّه بعادة أهل الحجاز.

دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن ابنِ عمرَ قال: قال رسول الله ﷺ: «الوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ، وَالمِكْيَالُ مِكْيَالُ المَدِينَةِ»(١).

وفي رواية أخرى: «المِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ المَدِينَةِ، وَلا مِيْزَانَ إلا بِمَكَّةَ».

وإنَّما قصد ردَّ البلاد كلها إلى هذين البلدين، ولم يرد أيضاً: أنَّ

---

(١) ورواه أبو داود (٣٣٤٠)، والنسائي (٢٥٢٠).

الاعتبارَ بمكيال المدينة دون مكيـال مكة، ولا اعتبار بميزان مكَّة دون المدينة.

ولأنَّ العرفَ في البلدانِ يومئذٍ سـواء، وإنَّما نصَّ على مكيـال المدينة؛ لينبِّهَ به على مكيال مكَّة، ونصَّ على ميزان[1] مكَّة؛ لينبِّهَ به على ميزان المدينة.

فإن قيل: يحمل المكيال مكيالهم في تقدير الصاع بالكفارات، والميزان ميزانهم في نصاب الزكاة.

قيل: هذا تخصيص بغير دليل.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ في حديـث عبادة وأنس: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَا وُزِنَ مِثلاً بِمِثْلٍ إذَا كَـانَ نَوْعاً وَاحِـداً، وَمَا كِيـلَ مِثلاً بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوعاً وَاحِداً»[2]، ولم يفصل.

والجواب: أنَّه محمول على ما نصَّ على وزنه أو كيله بما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّ ما لم ينصَّ على كونه مكيلاً، جاز بيع بعضه ببعض وزناً.

أصله: الدراهم والدنانير.

وما لم ينصَّ على كونه موزوناً، جاز بيع بعضه ببعض كيلاً.

أصله: الطَّعام والملح.

---

(١) في «م» و«ت»: «مكيال».

(٢) تقدم تخريجه.

والجواب: أنَّ المعنى في الأصلِ: أنَّـه منصوص عليه وزنـاً وكيلاً، فلهذا جاز، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه غير منصوص على كونه وزناً، ولا يثبت عرفه بالحجازِ وزناً، فلم يجز بيعه وزناً، كالطَّعام.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ بقعة لا تُعتبَر عادةُ أهلها في غير زمن النَّبيِّ ﷺ، لا تُعتبَر عادةُ أهلها في زمن النَّبيِّ ﷺ، كسائر البقاع.

والجواب: أنَّه إنَّ ما لم يُعتبرْ في غير زمن النَّبيِّ ﷺ[1]، وأقرَّ عليه، فهو شرعه وأمره، وليس إذا لم يجب العمل بفعل غيره وقوله، لا يجب بقوله [. . . .][2].

* * *

## ٢٨٣ ـ مَسْأَلَة

### لا يجوزُ بيعُ الحنطةِ بالدَّقيقِ في أصحِّ الرِّوايتين:

رواها ابن إبراهيمَ، وابن بختان، وأبو الحارث، وابن منصور في إحدى الرِّوايتين.

وبهذا قال أبو حنيفة والشَّافعي.

وفيه رواية أخرى: يجوز ذلك وزناً.

رواها ابن منصور في موضع آخر.

---

(١) كذا في «ت» و«م».

(٢) بياض في «ت» و«م».

وروى حرب ـ أيضاً ـ عنه: وقد سُئِلَ عن بيع الدقيق بالخبزِ، فلم يعجبه، وسهَّل في الدقيقِ بالبرِّ وزناً.

واختلف أصحاب مالك في تحصيل مذهبه في بيع الحنطة بالدقيقِ؛

فمنهم من قال: المسألة على روايتين.

ومنهم من قال: المسألة على اختلاف حالين؛ فإن كان كيلاً لم يجزْ، وإن كان وزناً جاز.

وكذلك الخلاف في بيع الحنطة بالسويقِ، وبيع السويق بالدقيقِ.

وقال في رواية حنبل: لا بأسَ بالبرِّ بالسويق، والسويق بالدقيقِ وزناً، ولا يجوز كيلاً.

وقال في رواية أبي الحارث: السويق بالحنطةِ أكرهه.

وكذلك في رواية مهنا: أكره حنطة مقلية بغير مقلية.

فالدَّلالة على أنَّه لا يجوز في الجملةِ هو: أنَّه جنسٌ فيه الرِّبا، بِيعَ بعضه ببعض على صفة ينفرد أحدهما بالنقصان عن الآخرِ في المستقبل، في ما قُدِّرَ به، فلم يجز.

دليله: بيع الرطب بالتمرِ.

وافق مالك على ذلك، والرِّواية لا تختلف عن أحمد في ذلك أيضاً.

ولا يلزم عليه بيع الرطب بالرطبِ؛ لأنَّهما يتساويان في النقصانِ.

ولا تلزم عليه الحنطة العفنة بالجيدة؛ لأنَّ النقصانَ لا يحصل في ما قُدِّرَ به.

وإن شئت قلت: جنسٌ فيه الرِّبا، بِيعَ بعضه ببعض على صفتين مختلفتين، أشبه الرطب بالتمرِ.

ولا يلزم عليه الرطب بالرطب؛ لأنَّ الصفةَ واحدة.

والأولى[١] أصح؛ لأنَّ هذه تنتقض بالعفنةِ والجيدة، والبياض مع السواد.

فإن قيل: فيجب إذا باع حنطة بدقيق، ثمَّ طحنت الحنطة، فلم يزد كيلها على كيل الدقيق؛ أن يجوز.

قيل له: الغالب أنَّها تزيد، والحكم للغالب.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الدقيقَ هو الحنطة بعينها[٢]، وإنَّما تفرَّقت أجزاؤها، فصار كالصِّحاحِ بالمكسَّرة.

والجواب: أنَّ التساويَ هناك بالوزنِ، وقد وُجِدَ، وهو المعتبر، والتساوي هاهنا يعتبر بالكيلِ، وهما [غير][٣] متساويين.

ولأنَّ الحنطةَ إذا طحنت زادت على كيل الدقيق، فلذلك لم يجزْ.

* **فصل:**

فإن قلنا: يجوز بيع الحنطة بالسويقِ، وبيع السويق بالدقيقِ، فإنَّما يجوز متساوياً، ولا يجوز متفاضلاً.

---

(١) أي: العبارة، والله أعلم.

(٢) في «م» و«ت»: «بغيرها».

(٣) ما بين معكوفتين ليس في «م».

نصَّ عليه في رواية حنبل.

وقال مالك وأبو يوسف ومحمَّد: يجوز متساوياً ومتفاضلاً.

دليلنا: ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثلاً بِمِثْلٍ»(١).

واسم الطَّعام يتناول الدقيق والسويق باتفاق، فوجب اعتبار المساواة فيه لعموم الخبر؛ لأنَّ الدقيقَ والسويق من أجزاء الحنطة، فلا يجوز التفاضل فيهما.

دليله: الدقيق بالدقيقِ، والخبز بالخبزِ.

وإن شئت قلت: هما من أجزاء الحنطة، فكانا جنساً واحداً.

دليله: ما ذكرنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الصنعةَ قد غيَّرت حكم السويق، وجعلته جنساً مفرداً عن الحنطةِ، وللتغيير(٢) بالصنعةِ تأثير في اختلاف الجنسية، ألا ترى أنَّ لحم الضأن والمعز لا يجوز متفاضلاً، ثمَّ بيع النَّيء بالمطبوخِ منه متفاضلاً جائز؛ لاختلاف الأغراض منه، كذلك السويق والدقيق.

وربَّما قالوا: كلٌّ واحد منهما لا يعود مثل صاحبه، فهو كالناطف والخلِّ.

والجواب: أنَّ هذا المعنى موجود في الدقيقِ مع الحنطة؛ فإنَّ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «ت» و«م»: «وللتعيين».

الصنعةَ قد غيَّرت حكم الدقيق، وجعلته في حكم جنس آخر لاختلاف المنافع، وكذلك الخبز مع الحنطة، ومع هذا لا يجوز التفاضل.

وكذلك الحنطة المقلية[1] وغير المقلية[2] جنس واحد عند أبي يوسف ومحمَّد، ولا يعود مثل صاحبه، ومع هذا فلا يجوز التفاضل.

وقد نصَّ أحمد على هذا في رواية مهنا: وقد سُئِلَ عن الحنطةِ المقلية بغير المقلية، فكرهه.

وما ذكروه من اللحمِ النَّيء بالمطبوخِ، وأنَّه يجوز متفاضلاً، فغير صحيح؛ لأنَّه لا يجوز عندنا؛ لا متفاضلاً، ولا متساوياً؛ لأنَّه يجري مجرى الرطب بالتمر، والخبز بالحنطة.

وكذلك الناطف بالخلِّ لا يجوز.

وقد نصَّ أحمد على هذا في رواية ابن القاسم: وقد سُئِلَ عن اللحم المطبوخ باللحم النَّيء، وأنَّ مالكاً يقول: لا بأسَ به متفاضلاً لما قد دخله من الصنعة، فكرهه. قيل له: يقولون في اللحمِ النَّيء بالمشوي: لا يجوز، فقال: نعم، هكذا هو. وقيل له: واللحم الطري بالقديدِ؟ فقال: هذا بمنزلة الرطب بالتمر؛ لأنَّ اللحمَ الطري رطب، وهذا يابس.

وقد نصَّ ـ أيضاً ـ في بيع الخبز بالحنطةِ في رواية ابن

---

(١) في «م» و«ت»: «المقلوة».

(٢) في «م» و«ت»: «المقلوة».

إبراهيمَ، فقال: لا يعجبني.

ونصَّ في روايـة ابن القاسم وسنـدي في بيـع الخبز بالدقيقِ: لا يجوز.

* * *

## ٢٨٤ ـ مَسْأَلَة

**يجوزُ بيعُ الدَّقيقِ بالدَّقيقِ إذا كانـا على صفـةٍ واحـدةٍ من النُّعومةِ:**

ذكره أبو بكر في كتابه «الشافي».

وهذه المسألة تدلُّ على أنَّ للدقيقِ مِثلٌ؛ إذ لو لم يكنْ له مثل لم يجزْ بيع بعضه ببعض لعدم المساواة.

وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وقال الشَّافعي: لا يجوز، ولا مِثلَ له عنده.

دليلنا: ما رُوي: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثلاً بمثلٍ»[1].

واسم الطَّعام يتناول الدقيق باتفاق.

وكلُّ عين جاز بيع بعضها ببعض قبل تفرُّق أجزائها، جاز بعد تفرُّقها إذا جاز تفريقها.

دليله: الشَّيرج بالشَّيرج، والعصير بالعصيرِ.

---

(١) تقدم تخريجه.

وإن شئت قلت: ما كان له مثل قبل تفريق أجزائه، كان له مثل، وإن تفرقت.

دليله: الدراهم.

وكلُّ جنس جاز بيع بعضه ببعض إذا كان على صفة الادِّخار، جاز بيع بعضه ببعض إذا زال عن حال الادِّخار.

دليله: بيع الحنطة بالحنطةِ؛ يجوز إذا كان على صفة الادِّخار، ويجوز إذا زالا عن ذلك بالعفنِ.

أو نقول: كلُّ جنس جاز بيع بعضه ببعض إذا كان على صفة ادِّخاره، جاز بيع بعضه ببعض على غير تلك الصفة.

دليله: اللبن باللبنِ، والعصير بالعصير.

فإن قيل: معظم منافع اللبن حال رطوبته تجرى مجرى ادِّخاره.

قيل له: عامة منافع اللبن طرياً توجد حال رطوبته، وكذلك عامة منافع الدقيق؛ لأنَّهما قد اتَّفقا في الصفةِ والمقدار، أشبه بيع الحنطة بالحنطةِ.

ولا يلزم عليه بيع الرطب بالتمر؛ لاختلافهما في الصفةِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه جنسٌ فيه الرِّبا، بِيعَ بعضه ببعض على صفةٍ يتفاضلان في حال الكمال والادِّخار، فوجب أن لا يصحَّ.

دليله: بيع الحنطة بالدقيقِ، والرطب بالتمر، واللحم بالحيوان.

والجواب: أنَّه ينتقض [بـ]ـبيع الحنطة العفنة بالعفنةِ؛ فإنَّ هذا

الوصف موجود فيه، وقد يجوز.

وقد احترز بعضهم، فقال: قوت زال عن هيئة الادِّخار بصنعة آدمي، فأشبه الحنطة بالدقيقِ، والناعم بالخشن.

والجواب: أن قولهم: (قوت) لا تأثيرَ له؛ لأن غير القوت، وهو اللحم الطري باللحمِ الطري لا يجوز، وإن لم يكن قوتاً.

ثم لا نسلم أنَّه زال عن حال بقاء نوعه، وإنَّما زال عن حال بقاء أصله، وهذا لا يمنع البيع، كالعصيرِ بالعصيرِ، وقد زال عن حال بقاء أصله، وهو الزبيب، ومع هذا يجوز.

ثمَّ المعنى في الناعمة بالخشنةِ، والحنطة بالدقيقِ، والرطب بالتمرِ، واللحم بالحيوانِ: أنَّه يُفضِي إلى أن ينفرد أحدهما بالنقصانِ في الثَّاني؛ لأنَّ الخشنَ لو أُعيدَ الطحن عليه زاد، وهذا لا يُوجَد في الناعمينِ.

وكذلك الحنطة لو طُحِنت تفرَّقت أجزاؤها، فزادت.

وكذلك الرطب إذا جفَّ، وبلغ في الجفافِ حالة التمر، نقص عنه.

وكذلك الحيوان إذا ذُبِحَ، نقص عن قدر اللحم، فلهذا لم يجز.

وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ المساواةَ موجودة حال العقد على وجه لا يُفضِي[1] إلى أن ينفرد أحدهما بالنقصانِ في الثاني[2]، فهو كالحنطةِ بالحنطةِ.

---

(١) في «م» و«ت»: «ينقضي».

(٢) في «ت»: «الباقي».

وإن شئت قلت: المعنى في هذه الأصول: أنَّ الصفةَ مختلفة، وهاهنا الصفة متَّفقة.

واحتجَّ بأنَّ أجزاءه مختلفة بالنعومةِ والخشونة، فلم يكن له مثل.

والجواب: أنَّ هذا النوع من الاختلافِ غير مؤثِّر بدليل الحنطة الرَّزينة بالخفيفةِ، والتمر الحديث بالعتيقِ؛ فإنَّه لا يمنع المثلية لأجل المساواة في المكيال، كذلك هذا.

واحتجَّ بأنَّ بيع الدقيق بالدقيقِ يؤدِّي إلى التفاضلِ حال كونها بوزن؛ لأنَّ دقيق الحنطة الثقيلة أكثر من دقيق الحنطة الخفيفة، فكأنَّه باع حنطة بحنطة متفاضلة، وهذا لا يجوز.

والجواب: أنَّ هذا يبطل بخلِّ العنب والعصير؛ فإنَّه يجوز مثلاً بمثل، ونحن نعلم أنا إذا رددناهما إلى العنبِ كان أحدهما أكثر من الآخر؛ لأنَّ العصيرَ من بعض العنب يكون أكثر من بعض، ثمَّ لا يجري مجرى العنب بالعنبِ متفاضلاً.

* * *

## ٢٨٥ ـ مَسْأَلَةٌ

### يجوزُ بيعُ الخبزِ بالخبزِ وزناً:

قال في رواية أبي الحارث[١]: رغيف برغيف لا بأسَ به إذا لم يُرِدِ

(١) في «ت» و«م» زيادة: «والفضل».

الفضلَ خلافاً لأصحاب الشَّافعي في قولهم: لا يجوز.

دليلنا: أنَّ ما يخالطه من الماءِ والملح يُرادُ لمصلحته، وهو غير متفاوت، فلم يمنع من البيع، كبيع الثمر بالثمر وفيه نواة، والجوز واللوز في قشره؛ فإنَّ النوى والقشر غير مأكول، ولم يمنع من البيعِ.

ولا يلزم عليه إذا باع طعاماً وماءً وملحاً بطعام وماء وملح؛ لأنَّ ذلك ليس من مصلحته.

ولا يلزم عليه إذا باع الهريسة بعضها ببعض والعصيدة؛ لأن التفاوتَ يكثر في ما يحصل فيها من اللحم والدبس.

واحتجَّ المخالف بأنَّ مع البرِّ من غير جنسه، وهذا لا يجوز.

ولأنَّ أصل كل واحد الكيل، فلا يجوز بيعه وزناً.

ولأنَّ عمل النار فيه لا يختلف.

والجواب عن قولهم: (إن مع البر من غير جنسه) فيبطل بالنوى في التمر، والقشر في اللوز والجوز.

وأما قوله: (إن الأصل فيه الكيل) فقد انتقل عن ذلك إلى الوزن، فهو كاللبنِ؛ يباع بعضه ببعض كيلاً، فإذا صار أَقِطاً أو جُبناً بيع وزناً.

وأمَّا قوله: (إنَّه يتفاوت في الجفافِ) فيبطل ببيع التمر بالتمرِ؛ فإنَّه يختلف جفافه في الشمسِ، ومع هذا يجوز بيع بعضه ببعض، كذلك هاهنا.

وهذه المسألة تدلُّ على أنَّ للخبز مِثلاً؛ إذ لو لم يكنْ مثله

لم يجزْ بيع بعضه ببعض؛ لعدم المساواة.

* * *

## ٢٨٦ ـ مَسْأَلَة

### لا يجوزُ بيعُ الحنطةِ المبلولةِ باليابسةِ:

وقد قال أحمد في رواية الميموني: إذا كانت الثمرة واحدة، فلا يجوز أن يشترط رطباً بيابس.

واحتجَّ بالتمر بالرطب، وقال: الحنطة اليابسة بالرطبةِ فلا.

دليلنا: أنَّ إحدى الحنطتين تخالف الأخرى في الصفةِ المقصودة، فلم يجز.

دليله: المقلية[1] بغير المقلية[2].

فإن قيل: المقلية[3] فيها زيادة صفة لها قيمة، كالصبغ في الثوب، فيصير بمنزلة من باع قفيز حنطة بقفيز، وشرط مع أحدهما زيادةَ درهم.

فإن قيل: لا يجوز أن يكون المانع ما ذكرت؛ لأنَّ المصوغَ من الذَّهبِ والفضَّة للصنعة قيمة، ومع هذا لا يجوز بيعه بالتِّبرِ من جنسه.

وأيضاً قوله ﷺ في بيع الرطب بالتمرِ: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا يَبِسَ؟»

---

(١) في «م» و«ت»: «المقلوة».

(٢) في «م» و«ت»: «المقلوة».

(٣) في «م» و«ت»: «المقلوة».

قالوا: نعم. قال: «فَلا إذاً»[1].

وهذا موجود هاهنا.

واحتجَّ بأنَّ المساواةَ موجودة حال العقد، أشبه إذا كانا يابستين.

والجواب: أنَّه يبطل بالمقلية[2] مع غير المقلية[3].

وعلى أنَّ الكلام يأتي في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر.

* * *

## ٢٨٧ ـ مَسْأَلَةٌ

### خلُّ العنبِ وخلُّ التمرِ جنسان، يجوزُ التفاضلُ فيهما:

ذكره أبو بكر في كتاب «الخلاف»، وحكاه عن أحمد في رواية مهنا.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وقال مالك: هما جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيهما.

وقد روى مهنا عن أحمد: وقد سُئِلَ عن الخلِّ من الخمرِ[4] بخلِّ

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (١/ ١٧٥)، وأبو داود (٣٣٥٩)، والنسائي (٤٥٤٥)، والترمذي (١٢٢٥)، وابن ماجه (٢٢٦٤)، من حديث سعد بن أبي وقاص ﷺ.

(٢) في «م» و«ت»: «المقلوة».

(٣) في «م» و«ت»: «المقلوة».

(٤) أي: العنب، والله أعلم.

التمر، فقال: كلُّ واحد لا يصلح إلا مثلاً بمثل.

هكذا رواه أبو بكر في كتاب «الشافي».

وهو قول مالك.

فالدَّلالة على الجوازِ: قوله ﷺ: «مَا وُزِنَ مِثلاً بِمِثْلٍ إذَا كَانَ نَوعاً وَاحِداً»[1].

وخلُّ العنب وخلُّ التمر نوعان، فدليل الخطاب يقتضي أن لا تجب الماثلة فيهما.

ولأنَّهما نوعان لأصلين هنَّ أجنـاس، ويجوز التفاضل فيها[2]، وكانت الفروع أجناساً، يجوز التفاضل فيها[3].

دليله: الأدقة، والأخباز، والشبرق مع الزيت.

ولا يلزم عليـه اللُّحمان والألبان؛ لأنَّهما أجنـاس على الصَّحيحِ من الروايات.

واحتجَّ المخالفُ بأنَّ منافعهما متقاربة، أشد تقارباً من لحم الضأن والماعز، ومع هذا فهما جنس واحد، كذلك [هاهنا][4].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «م» و«ت»: «فيهما».

(٣) في «م» و«ت»: «فيهما».

(٤) ما بين معكوفتين ليس في «ت»، وموضعه غير واضح في «م».

ولأنَّـه لو حلف: لا يأكل خلاً[1]، فأيَّ خلٍّ أكل حنـث، فنقول: شمله اسم جمع خاص، أشبه لحم الضان والماعـز، وخل العنب بخل العنب[2].

والجواب: أنَّه يبطل بالأخبازِ والأدقة وبالزيتِ مـع الشبرق؛ فإن هذه الأشياء قـد شملها الاسم الخاص في كونها دقيقاً وخبـزاً، وكونها دهناً، ولو حلف: لا أكل دقيقاً ـ أو خبزاً ـ أو دهناً، حنث بكلٍّ واحد منهما.

وأمَّا خل العنب بخل العنب فالمعنى فيهما: أنَّـه لمَّا جرى الرِّبـا في أصلهما، جرى في فرعهما.

وأمَّا اللُّحمان وألبان الغنم مع البقر ففيه روايتان؛

فعلى إحداهما: لا نسلِّم.

والثَّانية: يجري فيهما الرِّبا، وإن لم نجره في أصولهما؛ لأنَّه لمَّا لم يجرِ الرِّبا في أصولها، لم يمكنِ اعتبار حالها بها، فاعتبـرنـا الاتفاق والاختلاف حالـة حدوث حكم الرِّبا في الفروعِ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ أصولها يجري فيها الرِّبا، فكان اعتبار الفروع بها.

* * *

---

(١) في «ت»: «كلاًّ»، وموضعه غير واضح في «م».

(٢) في «ت» و«م»: «تمر العنب».

## ٢٨٨ - مَسْأَلَة

## لا يجوز بيع شيء من المكيلاتِ والموزونات على التحري:

أومأ إليه في رواية حنبل: وذُكِرَ له قول مالك: لا خيرَ في الخبزِ قرصاً بقرصين إذا كان بعض ذلك أفضل، فأما إذا كان يتحرَّى مثلاً بمثل، فلا بأسَ، وإن لم يوزنْ، ويُردَّ مثلُ وزنه، فقال أحمد: الموزونُ أحبُّ إليَّ، وكذلك الخمير الَّذي يُعارُ يُوزَن، ويُرَدُّ مثلُ وزنه.

وقال - أيضاً - في رواية الأثرم: الدنانير بالدنانيرِ عدداً، وهي تَنْفَقُ برؤوسها، وفي مكان أقل فلا.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وقال مالك: يجوز بيع اللحم باللحم، والخبز بالخبزِ على التحري، وكذلك بيع الحلي المكسور والتبر من الذَّهبِ والفضَّة، وكذلك بيع الدنانير بالدنانيرِ، والدراهم بالدراهمِ، إلا أنَّه مكروه عندهم في الدنانيرِ بعضها ببعض، والدراهم بالدراهمِ.

ووافقوا في المكيلاتِ: أنَّه لا يجوز بيع بعضها ببعض بالتحري.

واختلف أصحابه بعد هذا؛

فمنهم من أجاز ذلك على الإطلاقِ.

ومنهم من شرط فيه تعذُّر الموازين، كالبوادي والأسفار.

دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي سعيد، عن النَّبيِّ ﷺ قال:

«لا يَصْلُحُ صَاعُ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ، وَلا دِرْهَمٌ بِدِرْهَمَيْنِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، وَالدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، لا فَضْلَ بَيْنَهُمَا [إلاَّ] وَزْناً»[1].

فأمر بالمساواة بينهم بالميزان، وهذا عام.

ولأنَّه جنس فيه الربا، فلم يجز بيعه بجنسه على التحري.

دليله: المكيلات في الحضر والسفر، والموزونات في الحضر.

فإن قيل: المكيل لا يعدمون ما يكيلونه به، وإن لم تكن مكاييل معتادة؛ لأنَّه يجوز بالزنبيل والغرارة والكوز ونحو ذلك، وليس كذلك الموزون؛ فإنَّهم يعدمون ما يزينونه[2] [به] في الغالب، فجاز أن يُسامحوا في ذلك للضرورة، ألا ترى أنَّ بيع الرطب بالتمرِ لا يجوز في غير العرايا، ويجوز في العرايا لأجلِ الحاجة والضرورة، كذلك هاهنا.

قيل: لا فرقَ بينهما، وذلك أنهم كما لا يعدمون مكيلاً، وإن خرج عن المعتادِ، كذلك لا يعدمون ميزاناً، وإن خرج عن المعتاد؛ لأنَّهم لا يعدمون خشبة وخيطاً وشيئاً يشبه الكفَّ من أي شيء كان، فيز[يـ]ـن بعضاً ببعض.

ولأنَّه إذا تعذَّر الميزان فقد لا يتعذَّر غيره، وهو أن يعرض كلُّ واحد منهما لصاحبه ثوبه بعد ذلك[3].

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٢٥٦).

(٢) في «ت»: «يزنونه»، وموضعه غير واضح في «م».

(٣) كذا في «ت» و«م».

واحتجَّ المخالف بأن قرضَ الخبزِ يجوز من غير ميزان مع القدرة على الوزنِ، والعلم بحصول التفاضل فيـه؛ لأنَّهم لا يقصدون الرِّبا في ذلك، فأولى أن يجوزَ[1] ذلك في حال الضرورة.

وقد قال أحمد في رواية الميموني: قـد سهَّل قوم أن يأخذ أكبر، ويدفع أصغر، فإذا لم تكنْ مراوضة، ولا مواطأة، فلا بأس.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية الفضل بن زياد في الرغيف بالرغيفين: ما لم يرد به الرِّبا، فلا بأس به.

والجواب: أنَّ الضرورةَ عادة في قرض اليسير من الخبزِ والخمير؛ لأنَّ العادةَ أن ذلك القدر لا يبيعه النَّاس من بيوتهم، وبهم حاجـة إلى إقراضه، وهذا معدوم هاهنا؛ لأنَّهم يتوصلون إلى وزنـه بغيـر الميزان المعتاد، ويُتوصَّلُ إلى ملكه ـ أيضاً ـ بعقد في الذِّمَّةِ من غير جنسه.

واحتجَّ بأنَّ النقلَ مستفيضٌ عن الصحابـة: أنَّهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحري، والقسمةُ: إمَّا بيع، أو في حكم البيع.

والجواب: أنَّ القسمةَ عندنا إقرار حقٍّ، وليست ببيع.

وقد أومأ أحمد إلى هذا في روايـة الأثرم في الشريكينِ إذا كان بينهما النخل، فأراد[ا] أن يقتسما بالخرصِ: جاز.

فقـد أجاز قسمة الثمار بالخرصِ، ولو كان بيعاً لم يجـز؛ لأنَّه لا يجيز بيع الثمار بعضها ببعض خرصاً إلا في العرايا فقط.

---

(١) في «ت» و«م»: «لا يجوز».

واحتجَّ بأنَّ الحزرَ في الشرعِ قد جعل طريقاً إلى جواز البيع في ما شرط فيه الكيل والوزن عند تعذُّرهما، كالزَّكاةِ والعرايا، كذلك في مسألتنا للضرورة، وهو: أنَّ الموازينَ تتعذَّر، وتشقُّ، فلو قلنا: إنَّهم لا يقتسمون اللحم في الأسفار إلا بميزان لشقَّ، ولأدَّى إلى ضياعه، وإلى فوات الانتفاع به، فجاز لهذه الضرورة.

وإذا جاز اقتسامه على التحرِّي جاز في البيع؛ لأنَّ أحداً لا يُفرِّق بينهما.

والجواب: أنَّ بيعَ العرايا لأجل الحاجة إلى شراء الرطب، ولا يكون في يده ثمن، ولا تُباعُ بالنسيئة، فجُوِّز لتلك الحاجة، ولاحاجة هاهنا إلى بيع الجُزافِ من الوجهِ الَّذي ذكرنا من اعتبار ميزان يخرج عن العادة، والبيع بغير جنسه.

وأمَّا الخرص للثمارِ فلأجل الحاجة أيضاً، وهو أن يعرف قدر نصيب الفقراء، فيتصرف المالك في الثمرةِ، لا طريق لنا غير ذلك، وهذا معدوم هاهنا.

* * *

## ٢٨٩ ـ 

## اللحومُ أجناسٌ باختلافِ أصولِها، وكذلك الألبانُ في إحدى الروايات:

رواها حنبل عنه، فقال: لا بأس بلحم بقر بلحم غنم رطلين

برطل، ولحم بقر بلحم جمل رطل برطلين، وكذلك من الوحشِ من الظباء والأيل.

وهو اختيار أبي بكر من أصحابنا.

وهو قول أبي حنيفة.

وفيه رواية أخرى: أنَّها أربعة أجناس لحم الأنعام صنف، والوحش صنف، ولحوم الطير صنف، ولحوم دواب الماء صنف، يجوز بيع كلِّ واحد بخلافه متفاضلاً، ولا يجوز بصنفه إلا متماثلاً.

نصَّ عليه في رواية مهنا، وأبي الحارث، وإبراهيم بن هانئ، وحرب، ويعقوب بن لحيان، وابن مُشيشٍ، واللَّفظُ له، ومهنا: وقد سُئِلَ عن رطل لحم غنم برطلي[1] لحمِ بقر، فكرهه. قيل له: فلحم سمك؟ قال: هذا أبعد. قيل له: فلحم الطير؟ قال: هذا أبعد.

فمنع من التفاضلِ بين لحوم الأنعام، وأجازه بين لحوم الطائر والسمك بقوله: هذا أبعد؛ يعني: أبعد من الرِّبا.

وبه قال مالك.

والثالثة: ما أطلق الخرقي القول، فقال: وسائر اللُّحمان جنس واحد، وهذا يعمُّ سائر اللُّحمان من لحم الأنعام والوحش والطير والسمك.

وقد أطلق أحمد هذا في رواية.

---

(١) في «م» و«ت»: «برطلين».

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل رواية حنبل، وأنَّها أجناس باختلاف أصولها.

الثَّاني: أن جميعها جنس واحد.

ما نقله حنبل: أنَّ اللُّحمانَ والألبان فروع لأصـول هي أجناس، فوجب أن تكون هي أجناساً في أنفسها.

دليله: الأدقة والأخباز.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ أصولها فيها الرِّبا، فأمكن اعتبار تلك الحالة فيها، فبنى فروعها عليها في اختلاف الأجناس.

وليس كذلك في اللُّحمانِ والألبان؛ فإنَّ أصولها لا ربـا فيها، فلا يمكن اعتبـار حالها بها، فاعتبر الاتفاق والاختلاف حال حدوث حكم الربا في الفروع.

قيل: هذا يبطل بالفواكهِ؛ فإنَّـه لا ربا في أصولها الَّتي هي الشجر، ومع هذا فهي أجناس في أنفسها، وكذلك اللُّحمان والألبان.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثلاً بِمثْلٍ»[1]. وهذا عامٌّ.

والجواب عنه: ما تقدم، وأنَّه قد حصل لهذه التسمية عرف تنصرف إليه، وهي الحبوب.

---

(١) تقدم تخريجه.

ولأنَّ هذا عامٌّ، فنحمله على غير مسألتنا بما ذكرنا.

واحتجَّ بأنه شمله اسم جمع خاصٍّ حين حدوث الربا فيه، وإن كان صنفاً واحداً، كالتمور.

وقولنا: (جمع خاص) احتراز من الفواكه؛ لأنها أصناف، ولكن شملها اسم عامٌّ يعم العنب والتفاح والسفرجل وغير ذلك.

وقولنا: (حين حدوث الربا) فيه احتراز من الأدقةِ والأخباز؛ لأنَّها أصناف؛ لأنَّ الاسمَ شملها بعد حدوث الرِّبا فيها؛ فإنَّ الرِّبا في هذه الحبوب كان[1] قبل كونها دقيقاً.

والجواب: أنا لا نسلِّم: أنَّ اللحمَ اسم خاص، بل هو عام؛ لأنَّه يشتمل على أجناس مختلفة، فهو عامٌّ من هذا الوجه، خاصٌّ بالإضافةِ إلى غيره، كقولنا: حيوان اسم خاصٌّ بالإضافةِ إلى غيره، عامٌّ في اشتماله على أجناس مختلفة.

ولأنَّ الاسمَ الخاصَّ إذا دلَّ على الجنسِ الواحد، فلا فرقَ بين أن يُسمَّى به حال حدوث الرِّبا، وبعد حدوثه، فلا معنى لهذا الوصف.

ثمَّ المعنى في التمورِ: أنَّ أصولها جنس واحد، وكانت في حكم أصولها، واللُّحمان خرجت من أجناس مختلفة، وكانت مختلفة، كالأدقةِ والأخبار.

---

(١) في «م» و«ت»: «كانت».

وفي ما ذكرنا دلالة على مالك، ونخصُّه بأنَّ هذا لحم، فكان معتبراً بأصله.

دليله: لحم الغنم والطائر ولحم السمك؛ لما كانت أصول تلك أجناساً، كانت فروعها أجناساً، كذلك لحم الغنم والبقر؛ لما كانت أصولها أجناساً، كذلك فروعها.

فإن قيل: لحم السمك والطائر ليس من جنس لحم البقر والغنم؛ لأنَّهما لا يتفقان في غرض، ولا منفعة، ولا يُؤكَلُ أحدهما على الوجهِ الَّذي يُؤكَلُ عليه الآخر، فدلَّ على أنَّهما جنسان.

ولأنَّ لحم السمك لا يحتاج إلى ذكاة، فكان جنساً يفارق ما يحتاج إلى ذكاة، كالعسلِ والخل، وهذا معدوم في بقية اللحوم.

ولأنَّ لحم السمك لا يضاف إليه، وإنَّما يُقال: سمك، ولا يُقال: لحم سمك.

قيل له: ولحم الإبل والغنم لا يتَّفقان في الغرضِ، ولا يُؤكَلُ أحدهما على الوجهِ الَّذي يُؤكَلُ الآخر؛ لأنَّا نعلم خلقاً من النَّاسِ يُمنَعون من لحم الإبل، وكذلك لا تتفق الأغراض في كثير من الوحشِ، كالثعلب والضبع، كما تتفق في لحوم الغنم.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الإبلَ والبقر من بهيمة الأنعام، ومن ذوات الأربع، فلم يجز بيع أحدهما بالآخرِ متفاضلاً.

دليله: ضمُّها في الزَّكاةِ.

وهذه فروع لأصولٍ[1] هي أجناس.

دليله: الأخباز والأدقة.

* * *

## ٢٩٠ ـ مَسْأَلَة

### لا يجوزُ بيعُ الرُّطبِ بالتَّمرِ:

نصَّ عليه في رواية الجماعة؛ حنبل، والميموني، وعبدالله ـ واللفظ لحنبل ـ فقال: لا يباع الرطب بالتمرِ، ولا الزبيب بالعنبِ، ولا رطب بيابس؛ لأنَّه ينقص إذا جفَّ.

وبهذا قال مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

دليلنا: ما روى أحمد في «المسند» قال: أنا سفيان، عن إسماعيل ابن [أمية، عن عبدالله بن] يزيـد، عن أبي عيَّاش قال: سُئِلَ سعد عن بيع سُلتٍ بشعير، أو شيء من هذا، فقال: سُئِلَ النبيُّ ﷺ عن تمر برطب، فقال: «أَتَنْقُصُ الرَّطْبَةُ إذَا يَبِسَتْ؟» قالوا: نعم. قال: «فَلَا إذاً»[2].

وروى الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن سعد قال: نهى رسول الله ﷺ عن التمر بالرطبِ، وقال: «إذَا يَبِسَ نَقَصَ»[3].

---

(١) في «م» و«ت»: «الأصول».

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (١/ ١٧٩).

(٣) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٤٩).

فإن قيل: هذا الخبر يرويه زيد أبو عيَّاش، وهو مجهول.

وقال أبو حنيفة: لا أقبل خبره.

وقد صوَّب هذا الطعن عبدالله بن المبارك، فقال: كيف يُقالُ: إنَّ أبا حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد أبو عياش لا أقبل خبره؟!

قيل له: من أصل أبي حنيفة: أنَّ من عُرِفَ إسلامه، وجُهِلَت حاله، فهو على العدالةِ، وخبره حجَّة ما لم يثبت جرحه.

وأمَّا على مذهبنا فإن زيداً أبا عيَّاش معروف بالثقةِ والعدالة، وقيل: هو من أهل المدينة، مولى لبني مخزوم.

وقد احتجَّ بهذا الحديث أحمد، ومالك، وذكره أصحاب الحديث، فسقط الطعن.

فإن قيل: الطعن أولى من التعديلِ، وقد طعن أبو حنيفة فيه.

قيل له: أبو حنيفة لم يطعنْ، وإنَّما قال: أبو عيَّاش مجهول غير معروف، وهذا ليس بطعن، ولا يعارض شهادة من عرفه، وشهد بعدالته.

فإن قيل: قد يقف العالم على قبول الحديث مع عدالة الرُّواة، فلا يلزمه، ألا ترى أنَّ عمر بن الخطَّاب وقف على قبول خبر عمَّار في التيمُّم للجنب مع عدالة عمَّار، فلا يلزم حكمُ الخبرِ عمرَ لشكِّهِ فيه.

قيل له: لا يجوز التوقف في قبول الخبر مع عدالة الرُّواةِ، بل يجب العمل به؛ لقوله تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦ﴾[النور: ٦٣].

وأمَّا توقف عمر [. . . .][1].

فإن قيل: قد اختُلِفَ في هذا الحديث:

فروي: أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعِ الرطبِ نسيئةً.

وروي: أنَّ سعداً سئل عن الرَّجلِ يسلف الرطب بالتمرِ، فقال سعد: نهى رسول الله ﷺ عن هذا.

قيل له: هذا الاختلاف لا يمنع الاحتجاج؛ لأنَّه يمكن الجمع بينهما، والقول بهما.

فإن قيل: يحمل الخبر على أنَّ المرادَ به: النهي عن بيعه بالتمرِ نساءً.

يدلُّ عليه ما رُويَ عنه: أنه نهى عن بيع الرُّطبِ بالتمرِ نساءً.

وراوي هذين واحد، ومن أصلنا أن نجعل الزِّيادة كأنَّها مذكورة فيهما.

ولأنَّ من أصلكم بناء المطلق على المُقيَّدِ، ويجعل النساء كالمذكورِ في خبر المطلق.

ويلزم على أصلكم في القولِ بدليل الخطاب: أنْ نقول: إنَّ نهيه عن بيع أحدهما بالآخرِ نساء يدلُّ على أنَّ بيع أحدهما بالآخرِ يداً بيدٍ جائز.

قيل له: إنَّما جعل الزِّيادة كأنَّها مذكورة فيهما، وبناء[2] المطلق على

---

(١) بياض في «ت» و«م».

(٢) في «م» و«ت»: «ببناء».

المُقيَّدِ، والدَّليل الخاص يقضي على اللَّفظِ العام، إذا لم يكنْ في المطلقِ ما يمنع من حمله عليه، وفي هذا المطلق ما يمنع من حمله عليه، وفي هذا المطلق مانع من ذلك، وهو تعليل النَّبيِّ ﷺ بنقصان الرطب إذا يبس، وهذا لا يصلح للمنع من النسيئة؛ لأنَّ التمرَ اليابس لا يجوز أن يُباعَ بعضه ببعض نسيئة، وكذلك بيع البر بالبرِّ، والشعير بالشعيرِ، والبر بالشعيرِ؛ فإنَّه [لا] يجوز نسيئة.

وتعليله عندهم: وجود أحد وصفي علَّة تحريم التفاضل.

وتعليله عندنا: أنه يجري الرِّبا في نقده.

وإذا كان كذلك، لم يجزْ أن يحمل المطلق على النسيئة.

فإن قيل: فإذا لم يجزْ هذا، وجب أن يتعارضا، ويسقط الاحتجاج به.

قيل له: لا يجب هذا؛ لأنَّا نجمع بينهما فنقول: لا يجوز بيع الرُّطبِ بالتمرِ نقداً ونسيئة؛ جمعاً بين الخبرين.

فإن قيل: يُحمَلُ نهيه على وجه الإرشاد، لا على وجه التحريم؛ كأنَّه لمَّا شاوره مشتري الرُّطب بالتمرِ بيَّنَ له أنْ لا حظَّ له في هذا البيع؛ لأنَّه يأخذ أقلَّ ممَّا يعطي.

قيل له: ظاهر النهي يقتضي التحريم، والإنسان لا يحرم عليه ذلك[1].

---

(١) كذا في «ت» و«م».

وأيضاً ما رواه أحمد في «المسندِ»: ثنا سفيان، عن الزُّهري، عن سالم، عن أبيه قال: نهى رسولُ اللهِ ﷺ عن بيعِ التمرِ بالتمرِ، ورخَّصَ في العرايا بأنْ يُشْتَرَى بخَرْصِهَا؛ يَأْكُلُها أهلُهَا رُطَباً[1].

وروى الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن سالم، عن أبيه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يُباعَ الرُّطبُ بالتمرِ الجافِّ[2].

وهذه الأخبار نصوص.

والقياس: أنَّه جنس فيه الرِّبا، بِيعَ بعضه ببعض على صفتين مختلفتين، فلم يجز العقد.

دليله: بيع الحنطة بالدقيقِ.

ولا يلزم عليه بيع الرطب بالرطب؛ لأنَّ الصفةَ واحدة.

وإن شئت قلت: بيع بعضه ببعض على صفة، ينفرد أحدهما بالنقصانِ عن الآخرِ في المستقبل، في ما قدِّر به، أشبه ما ذكرنا.

ولا يلزم عليه بيع الرطب بالرطب؛ لأنَّ أحدهما لا ينفرد بالنقصانِ.

ولا يلزم عليه التمر الحديث بالمسوِّسِ، والحنطة الجيدة بالعفنة؛ لأنَّ أحدهما لا ينقص عن الآخرِ في ما قدِّر به؛ لأن المكيال يأخذ من

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٤/ ٢) لكن من طريق سفيان، عن يحيى ابن سعيد، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حثمة، به. وكذا رواه البخاري (٢٠٧٩) من طريق سفيان، به.

(٢) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٤٨).

كلِّ واحد مثلَ ما يأخذ من الآخرِ.

ولا يلزم عليه العرايا؛ لأنَّ ذلك البيع يقع على صفة لا ينقص أحدهما عن الآخرِ في المستقبل؛ لأنَّه لا يجوز ببعضه حتَّى يغلب الظنُّ: أنَّهما يتساويان حال الجفاف.

وهذه العبارة أجود من الَّتي قبلها.

فإن قيل: المعنى في الحنطةِ بالدقيق: أنَّ المساواةَ معدومة في الحال؛ لأنَّ قفيز حنطة أكثر من قفيز دقيق بدلالة: أنَّه إذا فرق أجزاءها بالطحن كان أكثر من قفيز، ومعلوم أنَّه لم تزدْ فيها بالطحنِ أجزاءٌ لم تكنْ موجودة.

وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن المساواة موجودة في الحالِ، وإنَّما يحدث النقصان في أحدهما في الثاني في أجزاء كانت موجودة حال العقد، وهذا [لا] اعتبار به، كما ينقص التمر الحديث.

قيل له: هذا يبطل ببيع حنطة جيدة مكتنزة بحنطة ضامرة؛ فإنَّ البيعَ صحيح، وإن علمنا أن دقيق إحدى الحنطتين أكثر.

فإن قيل: فقد أجزتَ بيع الرطب بالتمرِ على وجه حزرٍ[1]، وهو العرايا، ولم تُجِزْ بيع الدقيق بالحنطةِ بحال، فدلَّ على الفرقِ بينهما.

قيل له: الموضع الَّذي أجزت بيعه به حزراً إنَّما بيع على صفة يتساويان حال الجفاف، وهذا المعنى معدوم في مسألتنا.

---

(١) أي: تقدير، والله أعلم.

وقد احتجَّ من نصر هذه المسألة بأنَّه جنس فيه الربا، بِيعَ منه ما هو على هيئة الادِّخار بما منه من غير هيئة الادِّخار على صفة يتفاضلان حال الادِّخار، أشبه الحنطة بدقيقها.

وهذه العبارة لا تصحُّ على أصولنا؛ لأنَّا لا نعتبر في جواز البيع أن يكونا ـ أو أحدهما ـ على هيئة الادِّخار، ولهذا يجوز بيع الدقيق بالدقيقِ والرطب بالرطبِ.

وعلى أنَّها تبطل بيع التمر المسوِّس بالحديثِ، والحنطة العفنة بالجيدةِ؛ فإن العفن والمسوس على غير هيئة الادِّخار، والآخر على هيئته، ويجوز البيع.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الرطبَ لا يخلو: إمَّا أن يكون من جنس التمر، أو من غير جنسه.

فإن كان من جنسه جاز لقوله ﷺ: «التَّمرُ بالتَّمرِ».

وإن كان من غير جنسه فهو أحرز لقوله: «إِذَا اِخْتَلَفَ[1] النوعان فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ»[2].

ولا يلزم عليه الحنطة بالدقيق؛ لأنَّ هذا ليس باعتلال، وإنَّما هو استدلال بظاهر الخبر، فلا يتوجَّه النقض عليه.

والجواب: أنَّ الرطب من جنس التمر، إلا أنَّه لا يتناوله اسم التمر،

---

(١) في «ت» و«م»: «اختلفت».

(٢) تقدم تخريجه.

كما أنَّ الماعز من جنس الضأن، ولا يتناوله اسم الضان، وإذا لم يتناوله اسم التمر لم يدخلْ تحت قوله: «التَّمرُ بالتَّمرِ».

وكذلك الدقيق من جنس الحنطة، ومع هذا لا يُسمَّى حنطة، ولا يدخل تحت قوله: «الحِنطَةُ بالحِنطَةِ».

على أنا نحمل قوله: «التَّمرُ بالتَّمرِ» إذا تساويا في الصفةِ بما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّ[1] المساواة موجودة حال العقد، وإنَّما يحدث النقصان[2] في أحدهما في الثَّاني، وحدوث النقصان في أحدهما في الثاني لا اعتبارَ به، إذا كانت المساواة موجودة في حال العقد، كما تقول في التمرِ الحديث بالتمرِ العتيق.

والجواب: أنَّ النقصان الذي يحدث في التمر الحديث لا يمكن الاحتراز منه؛ لأنَّه ما من تمر إلا وقد يكون فيه قليل رطوبة إذا زاد جفافه زالت، فعُفِيَ عن ذلك؛ لأنَّه لا يمكن الاحتراز منه لقلَّته، فهو كالتراب اليسير الذي يكون في الطَّعام، فعفي عنه لقلَّته.

ولأنَّه لا يمكن الاحتراز منه، وليس كذلك الرطوبة الَّتي في الرُّطب؛ لأنَّها كثيرة يمكن التحرُّز منها، فلهذا لم يُعفَ عنها.

واحتجَّ بأنَّه باع التمر بجنسه متساوياً، أشبه التمر الحديث بالعتيق.

والجواب: أن قوله: (باع التمر) لا تأثيرَ له؛ لأنَّه إذا باع الزبيب

---

(١) في «ت»: «أن»، وموضعه غير واضح في «م».

(٢) أقحمت في «م» و«ت» عبارة: «في الثاني» في هذا الموضع أيضاً.

بجنسه، أو باع حنطة بجنسها، أو شعيراً بجنسه، ونحو ذلك في ما يجري فيه الرِّبا كان هكذا، فلم يصحَّ الوصف.

ثمَّ المعنى في الأصلِ ما تقدَّم.

واحتجَّ بأنَّ النقصانَ الحادث بعد العقد لا يؤثِّرُ في العقدِ، كما لو سُرِقَ أحد المبيعين.

والجواب: أنَّ النقصانَ بالجفاف مفارقٌ لما يحصل بالسرقة، ألا ترى أنَّه إذا باع طعاماً بطعام، ثمَّ سُرِقَ أحدهما لم يفسد العقد، ولو باع طعاماً بدقيق لم يصحَّ؛ لحصول المفاضلة بينهما في الثَّاني، كذلك هاهنا.

واحتجَّ بأنَّ[ـه] بيع رطب بتمر نقداً، أشبه بيع العرايا.

والجواب: أنَّ بيع العرايا لا يجوز إلا مع المساواة في الثَّاني، وهو أن يغلبَ على الظنِّ: أنهما يتساويان حال الجفاف، وهذا معدوم في مسألتنا.

واحتجَّ بأنَّ ما جاز بيعه بالدراهمِ، جاز بالرُّطبِ، كالعنب.

ولأنَّ ما جاز بيعه بالرُّطبِ قبل الجُذاذِ، جاز بيعه بعده، كالعنب.

والجواب: أنَّه لا يمتنع أن يجوز بيعه بالدراهمِ، ولا يجوز بالرُّطبِ، كالدقيق؛ يجوز بيعه بالدراهمِ، ولا يجوز بالحنطةِ.

ولذلك لا يمتنع أن يجوز بيعه قبل الجُذاذِ، ولا يجوز بعده، كالحنطةِ بالحنطةِ؛ يجوز قبل حصول الطحن في أحدهما، ولا يجوز

بعد حصوله في أحدهما.

ثمَّ المعنى في العنبِ مع الرطب: أنهما جنسان، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّهما جنس واحد فيه الرِّبا، بيعا على صفتين مختلفتين، أشبه بيع الحنطة بالدقيقِ.

واحتجَّ بأنَّه إذا كان النقصانُ من الطرفينِ لا يَمنعُ، وهو بيع رُطبٍ برُطبٍ، أولى أن لا يمنع من أحدهما.

والجواب: أنَّه إذا وُجِدَ من الطرفينِ حصلت المساواة في الصفةِ، وإذا وُجِدَ من أحدهما عدمت المساواة، فجرى مجرى البرِّ بالدقيق.

* * *

## ٢٩١ ـ مَسْأَلَة

### يجوزُ بيعُ الرُّطبِ بالرُّطبِ:

نصَّ عليه في رواية الحسن بن ثواب.

وهذا يدلُّ على أنَّ له مِثلاً؛ إذ لو لم يكنْ له مثلٌ لم توجد المساواة.

وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وقال الشَّافعي: لا يجوز، ولا مثلَ له عنده.

دليلنا: أنَّ كلَّ جنس جاز بيع بعضه ببعض حال جفافه، جاز حال رطوبته.

دليله: اللبن باللبنِ.

وإن شئت قلت: الرطوبة الَّتي فيهما مقصودة بالعقدِ، فجاز بيع

أحدهما بالآخرِ، كاللبنِ باللبنِ.

يبيِّن صحَّة هذا، وأنَّ الرطوبةَ الَّتي في الرُّطبِ مقصودة: جواز بيع العرايا، وهو رطب بتمر؛ لأنَّه يقصد في هذه الحال، كما يقصد اللبن حال رطوبته.

فإن قيل: عامة منافع اللبن توجد حال رطوبته، فاعتُبِرَ التساوي في هذه الحال؛ الَّتي هي حال كماله، وعامة منافع الرُّطبِ [تـ]ـحصل حال جفافه، فكانت تلك حال الكمال، فاعتُبِرَ التساوي فيها[1].

قيل له: منافع اللبن طرياً توجد حال رطوبته، وكذلك عامة منافع الرطب، فأمَّا الادِّخار فاللبن والتمر سواء، تؤخذ منافعهما بعد.

ولأنَّهما قد اتَّفقا في الصفةِ والمقدار، أشبه الحنطة بالحنطة، والتمر بالتمرِ.

ولا يلزم عليه الرطب بالتمرِ؛ لاختلافهما في الصفةِ.

ولأنَّه يجوز بيع بعضه ببعض على صفة الادِّخار، فجاز على غير صفته.

دليله: الحنطة العفنة بالعفنةِ، والتمر المسوس بالمسوسِ.

والقياس على هذا الأصل أجود؛ لأنَّ فيه إسقاط أنَّ التمرَ والحنطة على هيئة الادِّخار؛ لأنَّ العفن[2] والمسوس قد خرج عن ذلك.

---

(١) في «م» و«ت»: «فيهما».

(٢) في «ت»: «العقر»، وموضعه بياض في «م».

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع الرطب بالتمرِ، وجعل العلَّة فيه النقصان، وهذا المعنى موجود في الرطب [بالرطب].

والجواب: أنَّ النَّبيَّ ﷺ جعل المؤثِّرَ في العقدِ نقصان الرطب عن كمال التمر الموجود في الحالِ، وهذا لا يُوجَدُ في الرطبِ بالرطب؛ لأنَّه لا كمالَ في واحد منهما، ويجري هذا مجرى قول النَّبيِّ ﷺ لبريرة: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فَاخْتَارِي»[1].

ومعناه: ملكتيه تحت عبد، فاختاري؛ لأنَّ زوجها كان عبداً.

ولم يُعتبَرْ عموم التعليل[2]، كذلك هاهنا؛ لمَّا نهى عن بيع الرطب بالتمرِ، وعلَّل فيه بهذا التعليل، يجب أن يكون المراد به: الرطب بالتمرِ.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ ما لم يجزْ بيع بعضه ببعض عند التفاضل في الكيلِ، لم يجزْ بيع بعضه ببعض مع الجهل بالمساواةِ، كالطَّعام بالطعام.

والجواب: أنَّا نقول: إن أردت بقولك: (لم يجزْ بيعه مع الجهل بالمساواةِ) حال العقد، فلا نسلِّم أنَّه مجهول المساواة حال العقد؛ لأنَّ التساوي موجود كيلاً.

---

(١) رواه ابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨/ ٢٥٩) عن الشعبي مرسلاً بلفظ: «قد أعتق بضعك معك فاختاري».

(٢) في «م» و«ت»: «التعطيل».

وإن أردت بالجهل المساواةِ في الثَّاني، فيبطل[بـ]بيع اللبن باللبنِ.

ثمَّ المعنى في الطَّعام إذا باعه صبرة بصبرة: أنَّ المساواةَ معدومة حال الكيل، وهاهنا هي موجـودة مـع الاتفاق على[1] الصفـةِ، فهي كالحنطةِ بالحنطةِ، والتمر بالتمرِ.

واحتجَّ بأنَّه جنس فيه الرِّبا، بِيعَ بعضه ببعض على صفة يتفاضلان حال الادِّخار، فلم يجز.

أصله: الرطب بالتمر.

والجواب: أنَّه يبطل[بـ]بيع اللبن باللبنِ، والعصير بالعصيرِ.

ثمَّ المعنى في ذلك: اختلافهما في الصفةِ، وهاهنا قد اتَّفقا في المقدارِ والصفة.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ معنى لو وُجِدَ في أحد البدلين منع صحة العقد، فإذا وُجِدَ فيهما منع.

أصله: الجهل.

والجواب: أنَّه يبطل ببيع اللبن باللبنِ؛ فإنَّ هذه الرطوبة لو وُجِدَت في أحد البدلين منعـ[ـت] صحَّة العقد، وإذا وُجِدَ[ت] فيهما لم تمنعْ.

وعلى أنَّه إذا وُجِدَ في أحدهما، فالاتفاق في الصفة معدوم، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّهما يتفقان في الصفةِ والمقدار، فلهذا فرَّقنا بينهما[2].

---

(١) في «م» و«ت»: «عن».

(٢) أقحمت في «م» كلمة: «واحتج»، وفي «ت»: «آخر السابع والثلاثـون» =

## ٢٩٢ ـ مَسْأَلَة

**لا يجوزُ بيعُ جنسٍ فيه الرِّبا بعضُهُ ببعضٍ، ومعَ أحدِهما، أو معهما، من غير جنسهما مثل مُدِّ عجوة ودرهم بمُدَّي عجوة، أو درهمين وثوب بدرهمين، أو مد حنطة ومد شعير بمدي[1] حنطة ومد شعير، أو مد حنطة جيدة ومد حنطة رديئة بمدين جيدين، أو رديئين، أو وسطين[2]، أو دينار جيد ودينار وسط بدينارين جيدين، أو وسطين:**

وقد نصَّ على هذا في مواضع:

فقال في رواية أبي داودَ: لا يباع السيف المُحلَّى بفضة بدراهمَ حتَّى تُنزَع الحليةُ منه.

وكذلك نقل حنبل عنه في الخاتمِ والمِنطقَةِ والسَّيفِ وما أشبه ذلك: لا أرى أن يباع حتَّى يفصل، وتخرج الفضَّة منه، والقلادة على ذلك.

وكذلك نقل صالح عنه في من باع ثلاثة دنانير مكسرة بدينارين عيناً ودراهم: لا يعجبنا هذا، ولكن إن شاء باعها بدراهم، واشترى بها من الذَّهبِ ما شاء.

---

= كذا بالواو، وجاء على هامش «م»: «آخر الجزء السابع الـ...».

(١) في «م» و«ت»: «بمدين».

(٢) تكررت في «م» و«ت»: «أو رديئين» هنا أيضاً.

وكذلك نقل أبو الحارث عنه في ذهب محمول عليه: لا يباع بورق حتَّى يخلص، فإن باع الذَّهب منه بفضَّة، والفضَّة بذهب، لم يجزْ حتَّى يخلص.

وكذلك نقل الحسن بن علي عنه في ألف درهم صِحاحٍ ودينارٍ بألف درهمٍ ومئة درهمٍ مقطعةٍ ودينارٍ: باطل.

وكذلك نقل عبدالله عنه في ألف درهم وستين ديناراً بألف درهم وخمس مئة دينار: فهو خبيث رديء، لا يعجبنا.

وقد علق القول في رواية ابن القاسم: وذُكِرَ له قول مالك في دراهم صحاح وفضة مكسورة بدراهم مكسورة وزناً بوزن سواء: لا يجوز، فقال: نعم، فيه شيء؛ إنَّما أراد أن يُدخِلَ الفضَّةَ مع الصحاح؛ لتجوز معها.

فقيل له: فالتمر البَرْنِيُّ مع [....][1] بتمر آخر، ويزيد مثل ذلك، فقال: التمر غير هذا، فأجازه في التمرِ، ولم يجزه في الفضَّةِ.

وظاهر هذا: الفرق بينهما، ولا فرقَ بينهما؛ لأن الجميعَ يدخله الرِّبا.

ونقل الميموني ـ أيضاً ـ كلاماً فيه احتمال، فقال كلاماً طويلاً، ومنه أنَّه قال: الذَّهب والفضَّة إذا اجتمعا، وهذه الأشياء لا نشتريها مجتمعة حتَّى نفصلها.

---

(١) كلمة غير واضحة في «ت» و«م».

قيل له: وإن اشتراها بذهب، وفيها فضة، يفصلها؟ أو بفضة، وفيها ذهب وفضة، يفصلها؟ قال: على ظاهره، كذا هو، ولو كان ذهب بدراهم، أو دراهم بذهب، فليشترِ كيف شاء، وإنَّما تكلَّموا إذا اجتمعا، فلا يشتريه بأحدهما حتَّى يفصله.

وهذا موضع نظر.

قال الميموني: ورأيت أبا عبدالله إذا اجتمعا جميعاً ذهب وفضة، أو جوهر، فاشتراه بأحدهما، فلا بأسَ، وإنَّما يقع التفصيل إذا اشترى منها ذهباً بذهب، وما فصله، أو فضة بفضة، ولم يفصلها.

قال أبو بكر الخلال في كتاب «العلل»: هذا توهُّم من الميموني، ومذهب[1] أبي[2] عبدالله: أن لا يشتري أصلاً على أيِّ معنى كان، إلا أن يفصل.

والمذهبُ على ما حكينا في المنعِ.

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع النوعين بالنوعِ على الإطلاق، فأمَّا الجنس بعضه ببعض إذا كان مع أحدهما غيره:

فإنَّما يجوز ذلك إذا كان المفردُ أكثرَ من الَّذي معه غيره، فيقابل العوض بعضه، ويكون الباقي في مقابلة مثله من جنسه.

---

(١) في «م» و«ت»: «ذهب».

(٢) في «م»: «أبو».

فأمَّا إذا كان مثلَهُ، أو دونَهُ، فلا يجوز.

وقد أومأ أحمد إلى هـذا في روايـة أبي حـرب الجرجرائي: إذا دفع ديناراً كوفياً ودرهماً، وأخـذ ديناراً شامياً، فإن كـان وزن الدينارين سواء، فلا يجوز، إلا أن ينقص أحد الدينارين، فيعطيه بحسابه فضة.

وقال في رواية ابن منصور في بيع الزُّبد باللبنِ الَّذي فيـه زُبدة، فقال: إذا كان الزُّبـد أكثـر من الزُّبدِ الَّذي في اللبنِ، فيكون بعضه في مقابلة الزُّبد الَّذي في اللبنِ، وبعضه في مقابلة المَخِيضِ.

وقد نقل مهنا عنه خلاف هذا، فقال: أكره بيع الزُّبد باللبنِ.

فمنع منه على الإطلاق.

دليلنـا: ما روى أبو بكر بإسناده عن فَضالـةَ بن عُبيدٍ قال: أُتِيَ رسول الله ﷺ عامَ خيبرَ بقلادةٍ فيها خَرَزٌ معلَّقةٌ بذهب، ابتاعها رجل بسبعة دنانير، أو تسعة دنانير، فقال النَّبيُّ ﷺ: «لا حتَّى تُمَيِّزَ بينَهُ وبينَهُ»، قال: إنَّما أردت الحجـارة. قال: «لا حتَّى تُمَيِّـزَ بينهُمَـا»، قال: فـردَّه حتَّى ميَّز بينهما[1].

فنقل السببَ، وهو بيع الخرز والذَّهب بالذَّهبِ، والحكمَ، وهو إبطال النَّبيِّ ﷺ ذلك البيـع، فاقتضى الظاهـر تعلق ذلك الحكم بذلـك السبب، ثمَّ أكـد النَّبيُّ ﷺ ذلك بقولـه: «لا حتَّى تُمَيِّزَ بينَهُ وبينَهُ»؛ يعني: إنَّما لم يجز البيع؛ لأنَّه ذهب وخرز غير متميز بِيعَ بذهب.

---

(١) ورواه أبو داود (٣٣٥١).

فإن قيل: لنا في هذا الخبر مثل ما لكم؛ لأنَّ (حتَّى) للغاية، وحكمُ ما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، فلمَّا نهى عن بيعها قبل التفصيل اقتضت الغاية جواز بيعها بعد التفصيل بذهب.

قيل له: لم يرد بالتفصيل من جهة المشاهدة، وإنما أراد به في العقد، وأن لا يجمع بين الذَّهب والخرز في عقد واحد، وأنتم تبيحون الجمع بينهما.

فإن قيل: ما أنكرت أن يكون منع من بيعهما قبل التمييز؛ لأنَّه[1] لم يعلمْ أنَّ الذَّهبَ الَّذي في القلادةِ أكثر من الذَّهبِ الَّذي بإزائه، أو مثله، أو أقل، وعندنا لا يجوز حتَّى يعلم أنَّ الذَّهبَ الَّذي مع الخرز أقلَّ من الذَّهبِ الَّذي بإزائه.

قيل له: لو كان المانع من بيعه قبل التفصيل ما ذكرتم، لوجب أن يستفصل، ويسأل، ولمَّا لم يسأل عن ذلك، دلَّ على أنَّ الحكمَ لم يختلفْ لأجل ذلك.

ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا حتَّى تُمَيِّزَ»، فجعل العلَّة في إبطال البيع هذا، وإذا حملوا الخبر على ما ذكروا أسقطوا هذه العلَّة؛ لأنَّه رُويَ في الخبرِ: أنَّ المشتريَ قال: إنَّما قصدت الحجارة، قال: «لا حتَّى تُمَيِّزَ»، وإذا كان الحجر هو المقصود استحال أن يباع مع الذَّهب بمثل وزن الذَّهب الَّذي معه، إنَّما يكون بزيادة على ذلك؛ ليحصل له

---

(١) كان من الأحسن لو قال: إلا أنه، والله أعلم.

الغرض من الحجارة.

فإن قيل: فالدَّلالة على أنَّه لم يُحظَرْ بيعها قبل التفصيل لأجل أنَّه صفقة، وإنَّما حظر لأنَّـه [لم] يعلم أنَّ الذَّهبَ الَّذي مع الخرز أكثر من الذَّهبِ الَّذي بإزائه، أو مثله، أو أقل: ما روى الليث بن سعد، عن خالد ابن أبي عمران، عن حَنَشٍ، عن فَضالةَ بن عُبيدٍ قال: أصبتُ قلادةً يوم خيبر فيها ذهب وخرز، فأردت أن أبيعها، فأتيت النَّبيَّ ﷺ، فذكرت ذلك له، فقال: «افْصِلْ بَعْضَهَا مِنْ بَعْضٍ، ثمَّ بِعْهَا كَيفَ شِئْتَ»[1].

فأطلق له بعد التمييز بيعها كيف شاء.

قيل له: معنى قوله: «بِعْهَا كَيفَ شِئْتَ»؛ معناه: بعقد واحد إذا لم يقابله من جنسه، أو بعقدين إذا قابله من جنسه.

وأيضاً فإنَّه جنس فيـه الرِّبا، بيـعَ بعضه ببعض، ومع أحدهما من غير جنسه، فلم يصحَّ العقد.

دليله: إذا كان أحد العوضين مثل الآخر، ومع أحدهما من غيـر جنسه.

وأيضاً فإنَّ الصفقةَ إذا تناولت شيئين مختلفي القيمة، يقسط الثمن على قيمتهما، لا على أجزائهما.

دليله: إذا باع شِقصاً وسيفاً بمئة، فإن الشفيع يأخذ الشِّقصَ بقسطه

---

(١) رواه النسائي في «السنن الكبرى» (٦١٦٦)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٦٠٩٥).

من الثمنِ، لا بنصفه.

وكذلك إذا باع قفيزين من طعام من صبرتين قيمتهما واحدة بعشرة دراهم، وتلف أحدهما قبل التسليم، قبض المشتري ما بقي بنصف الثمن، وإن كان أحد القفيزين رديئاً يساوي درهمين، والآخر جيداً يساوي أربع دراهم، فتلف القفيز الرديء، فإنَّ المشتريَ يأخذ القفيز الجيد بثلثي الثمن.

وإذا كان كذلك قلنا: إذا باع مُدَّ عجوة قيمتُهُ درهمٌ ودرهماً بمُدَّي عجوة قيمتُهُما ثلاثة دراهم، فإنَّ ثلث المُدَّين يقابل الدرهم، وثلثاه يقابل المد، وهو مد وثلث، فيكون ذلك ربا.

وكذلك إذا باع نوعين مختلفين بنوع واحد، فإنَّ الثمنَ يتقسط على القيمة، فكأنَّه إذا باع مئة دينار قيمتها ألفان، ومئة قيمتها ألف، وثمانين قيمتها ألفان، فإنَّ ثلث المئتين الوسط يقابل المئة دينار الدون، وثلثاها يقابل المئة الجياد، وهذا ربا محض، فيبطل البيع.

وهذا الَّذي ذكرناه إذا كان قد علم قيمة المبيعين، وأنَّ التقسيطَ عليهما يفضي إلى ذلك، فإن لم يعلمْ ذلك فالبيع باطل للجهل بالمساواةِ.

ولهذا قلنا: إذا باع دراهم بدراهم جُزافاً لم يجز للجهل بالمساواةِ.

وإن كانت قد علمت أيهما[1] احتمل أن يصحَّ العقد، ويحتمل أن

---

(١) في «ت» و«م»: «وأيهما».

لا يصحَّ أيضاً؛ لأنَّه قـد يجوز أن يتعيَّن حال العقد، فالمساواة مجهولة بكلِّ حال، وإنَّما يعلم بالتقويمِ بعد العقد، والجهل بالمساواةِ يبطل العقد في ما فيه الرِّبا.

وللمخالف على هذه الدلالة سؤالان هما دليلاه في أصل المسألة، ويأتي الكلام عليهما في أدلته.

فإن قيل: إنَّما تُقسَّط القيمة على الأجزاءِ في ما لا مثلَ له.

قيل له: وقد تُقسَّط على ما له مثل بدليل أنَّـه لو ابتاع قفيزين من صبرتين، فتلف أحدهما، يقسط الثمن على قدر القيمة، وإن كان ذلك مما له مثل.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: «الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ مِثلاً بِمِثْلٍ كَيلاً بِكَيلٍ»[1].

وقفيز حنطة جيدة وقفيز حنطة رديئة بقفيزين جيدين، أو وسطين، أو رديئين مثلٌ[2] بمثل من طريق الكيل، فيجب أن يجوز.

وكذلك قوله: «الذَّهبُ بالذَّهبِ مِثلاً بِمثْـلٍ وَزْناً بِوَزنٍ»[3] يقتضي جواز بيع مئـة دينار جياد ومئـة وسط بمئة دينار جياد؛ لوجـود المماثلة في الوزن.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «ت» و«م»: «مثلاً».

(٣) تقدم تخريجه.

والجواب: أنَّ الخبرَ يقتضي الجواز مع المساواة، وهذا يقتضي مساواة من جميع الوجوه.

وعلى أنا نحمله على المساواةِ في المقدارِ والصفة بما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّه يجوز بيع دينارين جيدين بدينارين وسطين، أو رديئين، أو مكسورين، كذلك دينار جيد ودينار وسط بدينارين وسطين، أو جيدين.

والعلَّة فيه: وجود المماثلة في الذَّهبِ بالذَّهبِ من جهة الوزن.

قالوا: وقد نص أحمد على جواز ذلك، فقال في رواية صالح والفضل بن زياد ومهنا: الدراهم الصحاح بالمكسرة لا بأسَ بذلك، إذا كان وزناً بوزن.

وقال - أيضاً - في رواية الميموني في الدنانير البهرجة يباع بوضيعةِ الدرهم والدرهمين في الدينار، هل يؤخذ بوزنها دنانير[1] جياداً؟ وقد تكون شامية لها وضائع على غيرها، فقال: إن كانت إنَّما تُكرَه من قبل سكَّتها كان أهون، تُؤخَذُ مثلاً بمثل على حديث النبي ﷺ، وأمَّا إن كان ذهباً، قد[2] حُمِلَ عليه، ودخل فيه شيء من الفضَّة والنحاس، أو خالطه غيره، فقد زال عنه اسم الذَّهب لما دخل فيه.

والجواب: أنَّ أجزاء كلٍّ واحد من العوضين متساوية، فإذا قُسِّمَ

---

(١) في «ت» و«م»: «دنانيراً».

(٢) في «ت» و«م»: «فقد».

أحدهما على الآخرِ على قدر قيم أجزائـه، لم يؤدِّ[1] إلى التفاضلِ، فلهذا جاز، وليس كذلك في مسألتنا؛ فإنَّ أجزاء العوضين مختلفة القيمـة، وإذا قُسِّمَ الأجزاء عليـه أَخذَ كثيـرُ القيمـة أكثر مما يأخذ قليل القيمـة، فيؤدِّي إلى التفاضلِ.

وإن شئت قلت: إنَّ التقويمَ هناك يقع على أحد العوضين، وأجزاؤه متساوية، فإذا قُسِّمَ عليه العوض الآخر لم يفض إلى التفاضلِ، وهاهنا يقـع التقويم على أحدهما، وأجزاؤه مختلفة القيمة، فإذا قُسِّمَ عليـه الآخر تفاضل.

واحتجَّ بأنَّ الجودةَ في الذَّهبِ والفضَّة إذا لاقت جنسها، فلا قيمة لها، ألا ترى أنَّه لو باع ديناراً جيداً بدينار وسط جاز، وإن كانت الجودة معتبرة لم يجز؛ لأنَّه يصير كأنَّه باع ديناراً بدينار وزيادة.

وكذلك لو باع ديناراً فاسانيـاً بدينارين رديئين، وقيمـة الفاساني مثل قيمة الرديئين، لـم يجزْ، ولو كانت الجودة معتبرة لوجب أن يجوز.

وإذا سقط اعتبار الجودة في الدينارِ مع الوسط، صار كأنَّـه باع دينارين جيدين بوسطين، ولا يشبـه هـذا إذا اشتـرى عبدين؛ أنَّ الثمنَ ينقسم عليهما على قدر قيمتهما؛ لأنَّ الجودةَ في غير المكيلِ والموزون لها قيمـة؛ سواء لاقت جنسها، أو غيـر جنسها، فلهذا اعتبـر قيمتهما[2]

---

(1) في «ت» و«م»: «يردَّ».

(2) في «ت» و«م»: «قيمتها».

في انقسام الثمن عليهما[1].

والجواب: أنَّه لو كان كذلك لوجب إذا استقرض ديناراً جيداً، أو أتلف ديناراً جيداً: أن لا يكونَ للجودة قيمة، وإذا ردَّ ديناراً رديئاً يجب قبوله، وهذا لا يقوله أحد.

وأمَّا إذا باع ديناراً جيداً بدينار رديء، أو باع طعاماً جيداً بطعام رديء؛ فإنَّه يجوز؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلى التفاضلِ في الكيلِ، أو الوزنِ.

وعلى أنَّا قد بيَّنَّا العلَّة فيه إذا باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء في الدليلِ الَّذي تقدم.

واحتجَّ بأنَّ العقدَ إذا كان له وجهان؛ أحدهما: إذا حُمِلَ عليه صحَّ، والآخر: إذا حُمِلَ عليه لم يصحَّ، حُمِلَ على الوجهِ الَّذي يصحُّ دون الوجه الَّذي لا يصحُّ، ألا ترى أنَّه لو اشترى ثوباً بعشرة دراهم، وفي البلدِ نقد معروف، وفي بلد آخر نقود مختلفة، حُمِلَ العقد على نقد هذا البلد ليصحَّ، ولا يُحملُ على نقود ذلك البلد؛ لأنَّه إذا حمل عليها بطل.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّ له وجهاً في الصحَّةِ لما بيَّنَّا، وهو: أنَّ الصفقةَ إذا تناولت شيئين مختلفي القيمة يقسَّط الثمن على القيمةِ، وإذا قسَّطناه على القيمة أفضى إلى الربا.

ولأنَّ العقدَ إذا كان له مقتضى حُمِلَ عليه، وإن كان ذلك يفضي إلى فساده، وكذلك لو باع عبداً بألف درهم سلمه إلى المشتري، ولم

---

(١) في «ت» و«م»: «عليها».

يقبض الثمن، ثمَّ اشترى ذلك العبد وعبداً آخر بألف ومئة درهم، وقيمة العبد الآخر ألف درهم، أو خمسمئة درهم، بطل العقد في العبدِ الَّذي باع أولاً؛ لأنَّه ابتاع ما باعه بأقلَّ منه، وقد كان يمكن حمل العقد على وجه يصحُّ، وهو أن يُجعَلَ كأنَّه اشترى الأوَّل بألف والثَّاني بمئة، ولم يجعلوا.

وكذلك إذا اشترى صاعاً من تمر بصاعي[1] تمر لم يُجعَلْ صاعٌ بإزاء صاع، والصاعُ الآخر هبة، ليصحَّ العقد.

فبطل قولكم: إنَّ العقدَ إذا كان له وجهان؛ أحدهما: إذا حُمِلَ عليه صحَّ، والآخر إذا حُمِلَ عليه لم يصحَّ، حُمِلَ العقد[2] على الوجهِ الَّذي يصحُّ.

وإنَّما وجب حمله على نقد بلده؛ لأنَّه أقرب إليه؛ لأنَّه موضع العقد، لا لأنَّه يؤدِّي إلى الصحَّةِ بدليل: أنَّه لو كان نقد بلده مختلفاً بطل العقد.

فإن قيل: هما دخلا في عقد البيع، فلا يجوز أن يلزمهما عقد هبة، كما إذا دخلا في عقد هبة، لا يجوز أن يلزمهما عقد بيع وإجارة.

قيل له: وإن دخلا في عقد البيع، فقد قصدا أن يكون الثمن متقسطاً على المبيعينِ على قدر قيمتهما؛ لأنَّه معلوم من قصد من يشتري درهماً

---

(١) في «ت» و«م»: «بصاعين».

(٢) في «ت» و«م»: «الوجه».

في قرطاس بثلاثة دراهم: أنَّـه لم يقصـدْ أن يشتري درهماً بدرهم[1] والقرطاس بدرهمين، وإنَّما قصد أن يقابل القرطاس قـدر قيمتـه من الثمنِ، ويقابل الدرهم قدر قيمته.

وكذلك من اشترى درهميـن؛ أحدهمـا جيـد، والآخـر رديٌّ، بدرهمين وسطين؛ فإنَّه يُعلَم أنْ لم يقصدْ أن يكون درهم من الوسطينِ في مقابلة درهم جيد، والآخر في مقابلـة الرديء، بل قصـد أن يتقسط الدرهمان[2] على قيمـة الدرهمين، فليس الاعتبار بما ذكروه بأولى من اعتبار هذا القصد.

* * *

## ٢٩٣ ـ مَسْأَلَة

**إذا ابتـاعَ عبـداً ـ ومعـه مالٌ ـ بثمنٍ من جنس المال الَّذي معه، وكان المالُ بقدر الثمن، أو أكثر منه، ولم يقصدِ المالَ، وإنَّما قصد العبد؛ لنَفَاسة في حسنه وجماله، إن كانت أمة يقصد الاستمتاعَ بها، أو كان عبداً يقصد قوَّته وصناعته وعقله، جاز البيعُ:**

نصَّ عليه في غير موضع، ذكره الخرقي في «مختصره»، وأبو بكر ـ أيضاً ـ في «مختصره».

---

(١) في «ت» و«م»: «بدرهمين».

(٢) في «ت» و«م»: «الدرهمين».

قال أبو بكر: وكذلك إذا ابتاع نخلة عليها رطب بتمر، قال: ولو قصد الرطب بطل العقد، خلافاً للشافعي في قوله: العقد باطل؛ قصد المال الَّذي معه، أو لم يقصده إذا قلنا: إنَّ العبدَ لا يملك، وكذلك يبطل بيع النخلة وعليها رطب بتمر، وكذلك إذا ابتاع شاة فيها لبن.

دليلنا: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أجاز التفاضل في القرض لعدم القصد للزِّيادةِ اعتباراً بأنَّ المقصودَ به الرفق، فروت عائشة قالت: سألت رسول الله ﷺ عن الخبزِ والخميرِ؛ يقرض الخبز الجيران، ويردون أكثر وأقل، قال: «ليس به بأس ليسا هذه مرافق الناس، لا يُراد فيها الفضل»[1].

فأجاز التفاضل في ذلك لعدم القصد، وإن كان ذلك مما يجري فيه الرِّبا.

وكذلك يجوز أخذ العوض عن القرضِ إذا كان دراهم[2] أو دنانير بعد مدة، ولا يجوز تأخير القبض عن مجلس العقد في الصرف؛ لأنَّ القصدَ من القرضِ الرفق، فحُمِلَ على المقصودِ به.

ولأنَّها لو شرطت عليه في عقد النكاح أن لا يطأها بطل العقد، ولو شرط عليها أن لا يُنفقَ، لم يبطل العقد؛ لأنَّ المقصودَ بالنكاحِ الوطء، فشرطه ينافي المقصود، فدلَّ على أنَّ القصدَ معتبر.

ولأنَّ ما ليس بمقصود في حكم المعدوم بدليل ما رُويَ: أن رجلاً

---

(١) رواه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٩/ ٢٦٧).

(٢) في «ت» و«م»: «دراهماً».

باع من رجل حريرة بمئة، ثمَّ اشتراها بخمسين، فسأل ابن عبَّاس عن ذلك، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة، دخلت بينهما حريرة.

فبيَّن أنَّ الحريرةَ لمَّا لم تكنْ مقصودة، كانت في حكم عدمها، ويحصل البيع كدراهم بدراهم متفاضلة.

وكذلك حديث زيد بن أرقم لمَّا باع إلى العطاء، ثمَّ اشترى بأقلَّ من ذلك، قالت عائشة: أبطل جهاده[1].

فلم يجعل[2] للمبيع حكماً[3]، وجعله بيع دراهم بدراهم متفاضلاً، كذلك هاهنا؛ لمَّا لم يكن المال الَّذي معه مقصوداً، كان كعدمه.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن فَضالةَ بن عُبيدٍ: أنَّه أُتِيَ رسول الله ﷺ عام خيبر بقلادة فيها خرزٌ معلَّقةٌ بذهب، ابتاعها رجل بسبعة دنانير، أو بتسعة دنانير، فقال النَّبيُّ ﷺ: «لا، حتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ». قال: إنَّما أردت الحجارة، قال: «لا، حتَّى تُمَيِّزَ بَينَهُمَا»[4].

فوجه الدَّلالة: أنَّه أبطل البيع مع قوله: إنَّه قصد الحجارة، فدلَّ على أنَّه لا اعتبار بالقصد.

---

(1) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٣٣٠).

(2) أي: ابن عباس في خبر بيع الحريرة، والله أعلم.

(3) في «ت» و«م»: «حكم».

(4) تقدم تخريجه.

والجواب: أنَّه يحتمل أن يكون النَّبيُّ ﷺ اتهمه في قوله: قصدت الحجارة؛ لأنَّه معلوم أنَّ الذَّهبَ مقصود بالعقدِ، وقصدُهُ أولى من قصد الحجارة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّ الإنسان في العادةِ قد يقصد العبد لمعنى فيه من صنعة وقوة، ويقصد الأمة لجمالها، فيقرُّ عليهما ما كان معهما من الذَّهب.

كذلك يقصد النخلة دون الرطب؛ لكثرة رَيعها ونَماها، وكذلك الشاة، فهو كالقصدِ في قرض الخبز والعجين المراد به: دفع الحاجة وسدُّ الخلَّةِ دون الزِّيادة.

واحتجَّ بأنَّ العقدَ إذا كان له مقتضى حُمِلَ على مقتضاه، ولا يعتبر قصد، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّه ليس الظاهر هناك: أنَّه قصد بأحدهما الهبة، بل قصدَ المعاوضة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الظاهرَ يحتمل ما قاله من القصدِ لعين العبد والأمة، كما أنَّ الظاهرَ من القرضِ الرفق.

فإن قيل: إذا شرط المشتري المال علمنا أنَّه مقصود له؛ لأنَّه لو لم يقصده لم يشترطه.

قيل له: قد لا يقصده وإن شرطه؛ لأنَّه[1] [قد] يكون قصده صرفه إلى العبدِ، وبقاؤه عليه، ويتأوَّل مذهبَ من قال: العبد يملك.

فإن قيل: لمَّا لم يجزْ شراء المال الَّذي معه منفرداً عن العبدِ بثمن

---

(١) في «م»: «أن».

أقلَّ منه، كذلك إذا كان معه العبد.

قيل: لا يمتنع أن [لا] يجوز ذلك منفرداً، ويجوز مع العبد على طريق التبع، كالثمرةِ لو ابتاعها قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع منفرداً عن الأصلِ لم يجزْ، ولو ابتاعها مع الأصل جاز، كذلك هاهنا، فهما[1] سواء؛ لأنَّ المالَ تبع للعبد بقول النَّبيِّ ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ»[2]، فأضاف المال إليه.

وكذلك الثمر هو تبع للأصل بدليل حديث ابن عمر: نهى عن بيع النخل حتَّى يزهو.

ومعناه: عن ثمرة النخل.

* * *

## ٢٩٤ ـ مَسْأَلَة

### لا يجوزُ بيعُ اللحمِ المأكولِ بالحيوانِ المأكولِ:

نصَّ عليه في رواية أبي طالب وحرب ومهنا.

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز.

وقال مالك: إن كان الحيوان لا يصلح في الغالبِ إلا للحم[3] مثل

---

(١) في «ت» و«م»: «كما».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في «ت» و«م»: «اللحم».

الكباش المعلوفة للقصَّاب والهراس والبقر المعلوفة للحم، لم يجزْ بيعه باللحمِ، وإن كان لا يُرادُ اللحم جاز.

هكذا ذكره ابن القصَّار.

دليلنا: ما روى مالك، عن الزُّهري، عن سهل بن سعد السَّاعديِّ: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع اللحمِ بالحيوانِ[1].

وروى الحسن، عن سَمُرةَ، عن النَّبيِّ ﷺ مثله[2].

وروى زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيَّب: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع اللحمِ بالحيوانِ[3].

وروى أبو بكر من أصحابنا بإسناده عن سعيد بن المسيَّب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يُبَاعُ حَيٌّ بِمَيْتٍ».

فإن قيل: نحمله على بيع اللحم بالحيوان نسيئة.

قيل له: اللفظ عام.

وعلى أنَّه لو كان المراد به النسيئة، لم يخصَّ اللحم؛ لأنَّ عند المخالف لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، فلا معنى

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٧٠)، وصوَّب إرساله عن سعيد بن المسيب رحمه الله.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٧١)، والحاكم في «المستدرك» (٢٢٥٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٥/ ٢٩٦).

لتخصيص ذلك باللحم.

و[1]لأنَّ أبا بكر النيسابوري روى هذا الحديث في «الزياداتِ» عن زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيَّب: أنَّه قال: نظرة، أو يداً بيد[2].

وهذا نصٌّ في إبطال السؤال.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد به: النهي عن بيع اللحم بالحيوانِ المذبوح.

قيل له: قد روى أبو بكر من أصحابنا بإسناده عن سعيد، عن النَّبيِّ ﷺ: «لا يُبَاعُ حَيٌّ بِمَيْتٍ».

وروى أبو بكر النيسابوري، عن محمَّد بن يحيى، عن عبد الرزاق، عن معمر، عن زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيَّب: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع اللحم بالشاةِ الحية[3].

وهذا يسقط السؤال.

وعلى أن بعد الذَّبح لا يُسمَّى حيواناً إلا على سبيل المجاز، وإنَّما كان حيواناً.

فإن قيل: أراد به: إذا باع اللحم الَّذي في الحيوانِ دون غيره من الجلدِ والبطون وغيرها، وهذا يحتمل في اللغةِ، فيكون معناه: نهى عن

---

(١) الواو ليست في «ت»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) ورواه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤١٦٢).

(٣) انظر التخريج السابق؛ إذ هو جزء منه.

بيع اللحم في الحيوانِ.

وتكون الباء قائمة مقام (في)، كما تقول: بعت بالسوقِ، وفي السوق.

قيل له: ظاهر الباء البدل عند المخالف؛ لقوله: بعتك بكذا، فيجب حمل اللَّفظ على ظاهره.

وعلى أنَّه لا يحتمل؛ لما رويناه من قوله: «لا يُبَاعُ حَيٌّ بِمَيْتٍ».

وروى الشَّافعي بإسناده عن عبدالله بن عبَّاس: أن جزوراً نُحِرَت على عهد أبي بكر، فجاء رجل بعناق، وقال: أعطوني جزءاً بهذا العناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا[1].

قال هذا بحضرة الصَّحابة.

فإن قيل: روى أبو بكر النيسابوري في «الزياداتِ» عن محمَّد بن يحيى، عن عبد الرزاق، عن مَعمر، عن يحيى بن أبي كَثير، عن رجل، عن ابنِ عبَّاس: أنَّه قال: لا بأسَ أن يُباعَ اللحم بالشاة[2].

قيل له: قد قال أبو بكر النيسابوري: ما وجدت فيه غير هذا.

فإن قيل: [يحتمل] أنْ يكون ذلك الجزور من إبل الصدقة، فنُحِرَ للمساكين، [فحضر][3] أبو بكر؛ ليفرقه عليهم، فلهذا قال لصاحب

---

(١) انظر «معرفة السنن والآثار» للبيهقي (٤/ ٣١٦).

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤١٦٤).

(٣) ما بين معكوفتين بياض في «م».

العناق: لا يصلح هذا.

قيل له: لو كانت من إبل الصدقة لم يَخْفَ على النَّاسِ أن بيعها لا يجوز، فكان لا يطلب الرَّجل أن يبتاع منها.

ولأنَّ الَّذي نُقِلَ في الخبرِ حكمٌ، وهو المنع، وسببٌ، وهو شراء لحم[بـ]ـحيوان، فيجب حمل الحكم على ذلك السبب.

والقياس: أنَّـه فرع يجري فيـه الربا، بيـعَ بأصله الذي هـو منـه، فلم يصحَّ.

دليله: بيع الزيت بالزيتونِ، والعصير العنب، والحنطة بالدقيق، والسَّيرج بالسمسم إذا كان في الأصل أكثر من الفرع.

ولا يلزم عليه بيع العرايا؛ لأنا قلنا: فرع بيع بأصله، وهناك بيع أصل بأصل؛ لأنا نبيع التمر بما في الرُّطـب من التمـر، ولهذا نجيزه خرصاً.

ولا يلزم عليه بيع دراهم ببقرة؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما أصل؛ لأنَّه يجيء من الدراهم بقرة.

ولا يلزم عليه بيع دجاجة فيها بيض ببيض؛ فإنَّه لا يجوز.

ولا يلزم على هذا بيع لحم السمك بسمك حيٍّ؛ فإنَّه لا يجوز.

ولا يلزم عليه بيع الحمار أو العبد بلحم الغنم؛ لأنَّه لا روايةَ فيه.

وعلى أنَّـه لا يلزم؛ لأنَّا قلنا: بأصله الَّذي فيه منه، وليس ذلك بأصل للحم الغنم.

وفرَّقوا بين هذه الأصول وبين مسألتنا بفرق هو دليلهم، ويأتي الكلام عليه في أدلتهم.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الحيوانَ معدود، فوجب أن يجوز بيع اللحم به، كسائر المعدودات.

والجواب: أنَّ سائر المعدودات الحيوانُ ليس بأصل لها، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّ الحيوان أصل له، فلم يجز بيعه به.

دليله: ما ذكرنا من الشَّيرج بالسمسم، والحنطة بالدقيقِ، والزيت بالزيتونِ، والعنب بالعصيرِ.

واحتجَّ بأنَّ اعتبار اللحم في حال حياة الشاة ساقط؛ لأنَّـه لو اعتبر لحمها في حياتها لما جاز بيعها بالدراهمِ؛ لأنَّ لحمَ الشاة لا تحله إلا الذكاة، وهي في هذه الحال غيـر مذكاة، فلمَّا جاز بيعها في حياتها، عُلِمَ سقوط اعتبار لحمها، فإذا سقط اعتباره، صار كأنَّـه باع اللحم بغير جنسه، فيجوز على الإطلاقِ.

ولا يلزم عليه بيع اللبن بشاة في ضرعها لبن، والصوف بشاة على ظهرها صوف؛ لأنَّ إباحتها غير موقوفـة على حصول الذكاة في الشاةِ، ألا ترى أنَّه يجوز أخذها في حال حياة الحيوان والانتفاع بها، فلا يسقط اعتبارهما في هذه الحال.

وإذا كان مع الشاة لبن معيَّن لم يجزْ بيعها بلبن أو صوف إلا على الاعتبارِ.

وكذلك دهن السمسم بالسمسمِ، ودهن اللوز باللوزِ، ودهن الجوز بالجوزِ، والزيت بالزيتون.

والجواب: أنَّ اللحمَ الَّذي في الشاةِ معتبر إذا قابله لحم من جنسه، وإذا كانت إباحته تقف على الذكاة، كما أنَّ الصوف الذي على ظهرها، واللبن الذي في ضرعها معتبر إذا قابله لبن أو صوف، وإن كان جواز بيعه يقف على جَزِّه وعلى حلبه، كما أن إباحة اللحم تقف على ذكاته، ولا فرق بينهما.

وقولهم: إنَّ اللبن والصوف لا يقف على ذكاة، فقد بيَّنَّا أنَّه تقف إباحة بيعه على معنى آخر، وهو الجزُّ والحلب، فلا فرق بينهما.

فإن قيل: فلو كان اللحم الذي في الحيوان معتبراً، لوجب إذا باعه بحيوان مثله أن لا يجوز البيع.

قيل له: لا يمتنع أن يسقط اعتباره إذا بيع بحيوانٍ مثله، ألا ترى أنَّه إذا باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن، أو شاة عليها صوف بشاة عليها صوف، صحَّ البيع، ولو باعها بلبن مفرد أو صوف مفرد لم يصحَّ، كذلك هاهنا.

* فصل:

والدَّلالة على مالك: ما تقدَّم من نهيه عن بيع اللحم بالحيوانِ، ونهيه عن بيع حي بميت، وهذا عامٌّ في حيوان قُصِدَ لحمه، أو لم يُقصَدْ.

فإن قيل: المراد به: الحيوان الَّذي يُقصَد لحمه بدليل أنَّ راوي هذا

الحديث سعيد، وقد فسَّره على هذا، فروى أبو الزِّناد، عن سعيد: أنَّه كان يقول: نهى عن بيع الحيوان باللحمِ، فقلت لسعيد: أرأيت رجلاً[1] اشترى شاتين بعشرة شياه؟ فقال سعيد: إن كان اشتراها لينحرها، فلا خيرَ في ذلك.

قيل له: الخبر عام، وتخصيص سعيد واعتباره النَّحر مذهبٌ له، لا يوجب تخصيص الخبر، لاسيَّما وسعيدٌ لم يشهد رسول الله ﷺ، فيكون ممَّن حضر التَّأويل، فيعرفُ مواقعَ كلام النَّبيِّ ﷺ.

ولأنَّه بيع لحم مأكول بحيوان من جنسه، فلم يجز.

دليله: إذا باعه بحيوان يقصد لحمه.

فإن قيل: إذا قصد لحمه، فهو في حكم جنس واحد؛ لأنَّه لا غرض فيه إلا اللحم، فلهذا لم يجزْ، وليس كذلك إذا لم يقصدْ لحمه؛ لأنَّ الغرضَ مختلف، فهو في حكم جنس آخر، فلهذا فرقنا بينهما.

قيل له: لو كان الحيوان الَّذي لا يصلح إلا اللحم في حكم اللحم، لوجب أن لا يجوز بيعه بحيوان مثله إلا على الاعتبارِ، كما لا يجوز بيع لحم بلحم إلا على الاعتبارِ، ولمَّا جاز من غير اعتبار دلَّ على أنَّه ليس في حكم اللحم، وجرى مجرى الحيوان الَّذي لا يقصد لحمه.

ومنهم من[2] يقول: لا يجوز بيع هذا الحيوان بمثله إلا على الاعتبارِ.

---

(١) في «ت» و«م»: «رجل».

(٢) في «ت» و«م»: «ومنهم من لا».

ومن امتنع من هذا لزمه أن لا يُجيزَ بيع سمسم بسمسم؛ لأنَّ الغرضَ من كلٍّ واحد الدقيق، وأحدٌ لم يقلْ هذا، كذلك الحيوان بالحيوانِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه بيع لحم بحيوان لا يُقصَدُ لحمه، أشبه بيع لحم الشاة ببغل وحمار.

والجواب[1]: أنَّ ذلك ليس بأصل له، فلهذا لم يُمنَع، كما لا يُمنَع من بيعه بالدراهم والدنانير، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه أصل له، أشبه الحيوان الَّذي يُبتغَى لحمه.

* * *

## ٢٩٥ ـ مَسْأَلَة

## هل يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن؟ أو شاة عليها صوف بصوف؟

يتخرَّج على روايتين نصَّ عليهما في بيع النوى بالتمر الذي فيه النوى:

أحدهما: المنع على الإطلاقِ.

وهو قول الشَّافعي.

والثانية: الجواز على الإطلاقِ.

وهو قول أبي يوسف.

---

(١) في «م»: «والحيوان».

وقال أبو حنيفة: يجوز على الاعتبارِ؛ فإن كان اللبن المفرد أكثر من اللبن الذي في الشاة جاز.

فالوجـه في المنع: أنَّـه جنس فيه الربا، بيعَ بأصله الذي فيه منه، فلم يجز.

دليله: إذا كان اللبن مثل اللبن الذي في الشاة.

فإن قيل: المعنى في الأصل: أنه ليس له وجه في الصحة، وإذا كان اللبن المفرد أكثر كان له وجه في الصحة، وهو إنَّما زاد على ذلك في مقابلة الشاة.

قيل له: قد أجبنا عن هذا السؤال في مسألة مُدِّ عجوة بما فيه كفاية.

وطريقة أخرى، وهو: أنَّ اللبنَ في الضرعِ يأخذ قسطاً من الثمنِ بدليل قول النَّبيِّ ﷺ في المُصَرَّاةِ: «مَنْ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا ثَلاثاً؛ إِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ»[1].

فلولا أنَّه يأخذ قسطاً لما ردَّ معها تمراً، ألا ترى أنَّه لو اشترى شاة حائلاً، فحملت عنده، ثمَّ ظهر على عيب، كان له ردها، وإمساك ولدها من غير أن يرد معها شيئاً.

---

(١) تقدم تخريجه. أما قوله: «ثلاثاً» فقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/ ٥٥٠): هذه الرواية غريبة هكذا، لم أرها في كتاب حديث.
قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣): وكأنها مركبة من المعنى، والتقدير: فهو بخير النظرين ثلاثاً بعد أن يحلبها.

وإذا ثبت أنه يأخذ قسطاً من الثمنِ، فهـو بيـع لبن بلبن، و[1]مع أحدهما غيره، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز مد عجوة بمدي عجوة، أو مد بمد وثوب.

فإن قيل: لو كان يأخذ قسطاً من الثمنِ لم يجزْ بيع الشاة في ضرعها لبن، لا بلبن، ولا بغيره؛ لأنَّه بيع لبن مجهول، فهو كما لو باع شاة، ومعها لبن في قدح مغطى.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنَّه إذا كان في الضرعِ، فهو مستكن فيما فيـه مصلحة، فلهذا جاز، وليس كذلك إذا كان في قدح؛ لأنَّه مستور بما لا مصلحة فيه، فلهذا لم يجزْ، ألا ترى أنَّه لو باع الجوز واللوز جاز، ولو باع لبَّ الجوز مستوراً بشيء وقشرَ الجوز لم يجزْ؟ وكان الفصل بينهما هذا[2]، كذلك هاهنا.

ولأنَّ اللبنَ إذا كان في الضرعِ كان تبعاً للشاة بدليل أنَّـه يدخل في البيعِ بإطلاق العقد، فلهذا جاز، وليس كذلك إذا كان في القدح؛ لأنَّه مقصود في نفسه غير تابع لغيره، ألا ترى أنَّـه [لا] يدخل في البيعِ بإطلاق العقد؟

فجاز أن تدخل الجهالة تبعاً، فلا تمنع صحَّة العقد، وإن كانـ[ـت]

---

(١) في «ت» و«م»: «أو».

(٢) أي: الفرق بينهما ما تقدم، والله أعلم.

تمنع صحَّة العقد إذا كانـ[ـت] مقصودةً[1]، ألا ترى أنَّه لو باع ثمرة قبل بدوِّ صلاحها مطلقاً لم يجزْ، ولو باعها مع النخلِ جاز، وإن كان لو أُفرِدَ بالعقدِ لمْ يصحَّ.

فإن قيل: فإن جاز أن يأخذ اللبن قسطاً، جاز أن يأخذ الحمل قسطاً.

قيل[2]: فيه[3] روايتان:

إحداهما: يأخذ قسطاً كاللبن، ولا فرق بينهما.

والثانية: لا يأخذ.

والفصل بينهما: أنَّ اللبن في الضرع مقدور على تناوله، فهو كاللبِّ في الجوز، يُكسَرُ ويُؤخَذُ، واللبنِ في قدح، فلهذا أخذ قسطاً من الثمن، والحمل لا يمكن استخراجه من الجوف حتى يخرج بنفسه[4] بقدره، فهو كالأعضاء منها، فلهذا لم يأخذ قسطاً.

فإن قيل: إذا كان يأخذ قسطاً كان يجب أن يجوز إفراده بالعقد.

قيل له: لا يمتنع أن يجوزَ على وجـه البيع، وإن لم يجز إفراده، ألا ترى أن بيـع الثمرة قبل بدوِّ صلاحها مفردة عن النخل لا يجـوز، ولو باعه مع النخل صحَّ تبعاً، وإن لم يصحَّ إفراده.

---

(١) في «ت» و«م»: «مقصوداً»، والضمير عائد إلى الجهالة.

(٢) في «ت» و«م»: «فإن قيل».

(٣) في «ت»: «فيه فيه»، وموضعه غير واضح في «م».

(٤) في «ت»: «لنفسه»، وموضعه غير واضح في «م».

واحتجَّ المخالف بأنَّ اللبنَ والصوف موزون، فجاز بيعه بالحيوانِ.

دليله: الذهب والفضة.

والجواب: أنَّا نقول بموجبه، وهو إذا لم يكنْ هناك لبن ولا صوف مع الشاة.

وعلى أنَّ الشاةَ ليست بأصل للذهب والفضة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّها أصل اللبن والصوف، أشبه إذا كان اللبن مثل اللبن الَّذي في الشاة.

* * *

## ٢٩٦ ـ مَسْأَلَة

**إذا تبايعا دراهم[١] بدنانير في الذمةِ بالصفـةِ، وتقابضا، ثمَّ وجد أحدهما بعد التفرق عيباً[٢] من جنسه، كان له البدل:**

نصَّ عليه في رواية حرب والمَروذِيِّ والميموني خلافاً للشافعي في أحد القولين: له الخيار في الفسخِ، وليس له البدل.

دليلنا: أنَّ كلَّ ما جاز استبداله قبل التفرق جاز مع صحَّة العقد بعد التفرق، كالسلمِ.

ولا يلزم عليه إذا كان الصرف عيناً بعين؛ لما لم يجزِ استبداله قبل التفرق، كذلك بعد التفرق.

---

(١) في «ت» و«م»: «دراهماً».

(٢) في «ت» و«م»: «عيناً».

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو ثبت له البدل حكمنا بصحَّة الصرف مع وجود التفرق به قبل القبض؛ لأنَّه إذا ردَّه لا يأخذ بدل ما ردَّه، وإنَّما يأخذ الأصل الَّذي وقع عليه العقد، فقد فارقه قبل قبض ذلك، وبهذا يبطل الصرف.

والجواب: أنَّه لا يفضي إلى هذا؛ لأنَّ الَّذي قبضه، وإن كان معيباً، فهو قبض صحيح، فالمقبوض هو الَّذي وقع عليه العقد.

الدَّليل عليه: أنَّه لو كان غيره لبطل العقد؛ لأنَّه وجد التفرق [قبلَ][1] القبض، ولو كان غيره لما جاز له إمساكه، ألا ترى أنَّه لو كان من غير جنسه، فأراد إمساكه لم يكنْ له؟

فإذا ثبت أنَّه قبض صحيح، فإذا أراد الردَّ كان قطعاً للعقد حين الرد؛ لأنَّه رفع العقد من أصله بدليل: أنَّه لو كان المبيع شاةً، فحملت ووضعت، ثمَّ أصاب بها عيباً، ردَّها دون النماء، وكذلك لو كانت نخلةً، فأثمرت، ردَّها دون النماء، فإذا كان قطعاً للعقد في الحالِ ثبت أنَّه ما عري عن القبضِ بحال؛ إمَّا قبض الأصل أو ما قام مقامه.

ولا فصل بين القبضين أكثر من أنَّه إذا قبض المعيب كان قبضاً جائزاً، وإذا قبض الأصل كان قبضاً لازماً، فإذا ردَّ المعيب فلابدَّ من قبض الأصل قبل التفرق.

واحتجَّ بأنَّ الصرفَ يتعيَّن تارةً بالقبض، وتارة بالعقدِ، ثم ما تعيَّن

---

(١) موضع الكلمة بياض في «ت» و«م».

بالعقد لا يكون له البدل، كذلك إذا تعين بالقبض.

والجواب: أنَّه يبطل بـه إذا قبض فأصابـه العيب قبل التفرق، وكان الصرف في الذمة؛ فإنه قد تعين بالقبض، ومع هذا له البدل.

على أنَّه إذا تعيَّن بالعقد لو جاز البدل أخذ غير ما اشتراه، فلهذا لم يصحَّ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه إذا أبدل أخذ ما اشتراه.

* * *

## ٢٩٧ - مَسْأَلَة

### الدراهمُ والدنانيرُ تتعيَّنان بالعقدِ إذا عُيِّنَت:

ومعناه: أن أعيانهما تملك بالعقد، وأن تعيينها يمنـع استبدالها وثبوت مثلها في الذِّمَّةِ، وإذا خرجت مغصوبة بطل العقد.

وقد قال أحمد في روايـة ابن منصور في رجل قال لرجل: بعني ثوبك هذا بهذه المئة درهم، فلمَّا دفعها إليه إذا هي زيوف: يرد[1] المبيع.

ونقل في موضع آخـر: إذا اشترى لحماً بهـذا الدرهم [والدرهم] مردود له قيمة اللحمِ إذا استهلكه.

وقال في رواية عبدالله وأبي الحارث وأبي داودَ في عبد لـه مالٌ سأل غيره، أن يشتري له نفسه من سيده بهذه الألف: فإن اشتراه بعين المال فالشراء باطل، وإن اشتراه لا بعين المال صحَّ، وعتق.

---

(١) في «ت» و«م»: «أرد».

وهذا يدلُّ على أنَّها تتعيَّن؛ لأنَّها لو لم تتعيَّنْ لم يبطل العقد بتعيينها في حق العبد، ولا بخروج الدرهم رديئاً؛ لأنَّه يجوز العدول عنها.

وكذلك نقل المَروذِيُّ عنه في من اشترى جارية بمال حرام، فقال: اشتريت منك هذه الجارية بهذا المال بعينه: لم يطأها، وإن كان قد اشتراها، ثمَّ أعطى المال بعدُ، فالبيع[1] قد وقع، وكان بينهما فرق.

وقد عَلَّقَ القول في رواية أبي داودَ: وقد سُئِلَ عن عبد دفع إلى رجل مالاً، فأمره أن يشتريه، فاشتراه به، فأعتقه، قال: يردُّ الدراهم على المولى، ويُؤخَذ المشتري بالثمنِ، والعبدُ حرٌّ.

ويحمل قوله: (اشتراه به) بمعنى: نقده في ثمنه، وكان الشراء في ذمته.

وبهذا قال الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يتعيَّن، ولا يملك بالعقدِ، ويجوز استبدالها وثبوت مثلها في الذمةِ.

وحكى ابن نصر المالكي أنَّ الظاهرَ من قول أصحابهم: أنها لا تتعين.

وحُكِيَ عن ابن[2] القاسم: أنها تتعيَّن.

دليلنا: ما رُوِيَ في حديث عبادة بن الصَّامت، عن النَّبيِّ ﷺ قال:

---

(١) في «م»: «المبيع».

(٢) في «ت» و«م»: «أبي».

«لا تَبِيْعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلا الوَرِقَ بالوَرِقِ إلا سَواءً بسَواءٍ، عَيناً بِعَينٍ، يداً بيدٍ»[1].

وهذا يدلُّ على أنَّهما يتعيَّنان؛ لأنهما إذا لم يتعيَّنا بالتعيينِ، وكانا في الذمةِ، لم يكنْ عيناً بعين، وإنَّما يكون عيناً بعين إذا ملكتَ عينَ كلِّ واحدة منهما بعين الأخرى.

فإن قيل: لم يرد بالتعيينِ في حال العقد لاتفاقنا على جواز بيع الدراهم بالدراهمِ بغيرِ[2] أعيانها، وإنما أراد به تعيينه في المجلس وقبضه؛ لئلا يتفرَّقا عن دينٍ بدين.

قيل له: بل أراد بالتعيين حال العقد، لأنَّه قال: لا تَبِيْعُوا إلا عَيناً بِعَينٍ.

وهذا يقتضي بيعاً بالعين، وعندهم أن العين لا تُملَكُ بالعقد.

وقولهم: (إنَّه يجوز بيعها بغير أعيانها)، فإنما كان كذلك؛ لأنه مُخيَّر بين التعيين بالعقد، وبين التعيين بالقبض في المجلس، ويكون بمنزلة التعيين بالعقدِ.

والقياس: أنَّه عوض مشار إليه في العقدِ، فوجب أن يتعيَّن به.

أصله: العروض.

ولا يلزم عليه السلم؛ لأنَّه غير مشار إليه، وإنَّما هو موصوف في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «ت» و«م»: «بعين».

الذِّمةِ، ولو أشير إليه بطل عقد السلم.

ولهم فرق بين العروض وبين الدراهم والدنانير مذكورٌ في أدلتهم.

وإن شئت قلت: ما يتعيَّن بالقبض، جاز أن يتعين بالعقد، إذا لم يبطل العقد بالتعيين.

دليله: العروض.

ولا يلزم عليه المسلم فيه؛ لأنه يجوز أن يتعين بالعقد، لكن في بيوع الأعيان.

وإن شئت قلت: ما تعيَّن في الغُصُوبِ[1] والودائع، جاز أن يتعيَّن بالعقود إذا عُيِّنَ، كالعروض.

ومعنى تعيينها في الغصوبِ والودائع: أنَّه إذا طُولِبَ بها، لزمه تسليمها بعينها، ولا يجوز له أن يعدل عنها، ويعطي غيرها، كالعروضِ يجب أن يكون حكمها في العقودِ كذلك.

فإن قيل[2]: إذا جاز أن يتعيَّن في الغصوبِ والودائع يجب أن يتعين في مسألتنا؛ ألا ترى أن العروض تتعيَّن في الغصوبِ والودائع، [و]لا تتعيَّن في السلمِ، وكذلك المكيال والميزان يتعيَّنان في الغصوبِ، ولا يتعيَّنان في عقد البيع.

قيل له: إنَّما لم تتعيَّن العروض في السلمِ؛ لأن تعيينها يفسد العقد،

---

(١) في «ت» و«م»: «الغصبِ».

(٢) في «ت» و«م»: «فإن قيل له».

وليس كذلك تعيين الدراهم والدنانير في مسألتنا؛ لأنه لا يفسد العقد، فهو كالعروضِ.

وأمَّا المكيال والميزان فيأتي الكلام عليه في أدلتهم.

ولأنَّ كلَّ ما جاز أن يتعيَّن به غير الدراهم، جاز أن تتعيَّن به الدراهم.

دليله: القبض.

ولأنَّ كلَّ جهة تتعين بها الأعيان، فإنَّه تتعين بها الأثمان، كالغصبِ والوديعة.

فإن قيل: القبض لا يقع إلا على عين، فلهذا تعيَّن بالقبضِ، والعقد قد يقع على غير عين، فإذا عُيِّنَ لم يتعيَّنْ، كالمكيال.

قيل: لا يمتنع أن يقع العقد على غير عين، ثمَّ إذا عُيِّنَ به تعين، كالوصيَّةِ بالثلثِ؛ تقع على غير عين، وإذا عُيِّنَت بشيء بعينه تعيَّنت.

وكذلك إطلاق العبد في المهرِ والكتابة يصحُّ، ويقع على غير عين، وإذا عُيِّنَ تعيَّن.

وكذلك بيع قفيز من صبرة يصحُّ، [و]إذا عيَّنَ منها جزءاً تعيَّن.

واحتجَّ المخالف بقوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ﴾[يوسف: ٢٠].

قال الفَرَّاء: الثمن ما يثبت في الذِّمةِ.

فجعل من صفة الثمن ثبوته، فيجب أن تكون هذه الصفة لازمة له في جميع الأحوال، ومخالفنا يزعم: أنَّه إذا عُيِّنَ لم يثبتْ في الذمة.

والجواب: أن قول الفراء لا يُقبَلُ في الأحكام؛ لأنَّه لا معرفةَ لـه بذلك، وإنَّما يقبل في ما طريقه اللغة، والدراهمُ؛ هل تتعيَّن، أم لا؟ حكمٌ، وليس طريقه اللغة.

فإن قيل: قوله: (الثمن ما يثبت في الذمةِ) حكاية عن أهل اللسان، فيقبل قوله، وإن كان تحته حكم شرعي، كما لو قال:

الحرام: اسم لما لا يجوز تناوله.

والمباح: اسم لما يجوز تناوله.

يُقبَلُ قوله، وإن كان تحت ذلك حكم شرعي.

قيل له: إذا قال:

الحرام: اسم لما لا يجوز تناوله.

والمباح: اسم لما يجوز تناوله.

لم يُقبلْ منه ذلك أيضاً؛ لأنَّه حكم شرعي، ولكن لو قال:

الحرام عندهم: ما يكرهو[نـ]ـه، وتعافه نفوسهم.

والحلال: ما تميل إليه نفوسهم.

قُبِـلَ؛ لأنَّه ليس بحكم شرعي.

وعلى أنَّه يمكن تأويله، وهو: أنَّه إذا أراد بـه الثمن المطلق؛ فإنَّه يثبت في الذمـةِ عنـد الإطلاق، وهذا يختـصُّ بـه الثمن دون غيـره من المثمناتِ.

واحتجَّ بأنَّه لو تعيَّنت لما صحَّ العقد عليها، فلمَّا اتفقوا على أنَّه لو

قال: (اشتريت منك هذا الثوب بعشرة دراهم) صحَّ العقد، ولو لم يصف العشرة إذا كان هناك نقد معروف، دلَّ على أنَّها لا تتعيَّن.

والجواب: أنَّ جواز إطلاق العوض في العقدِ لا يدلُّ على أنَّه إذا عقد على عينه لا يتعيَّن.

الدَّليل عليه: إطلاق الوصيَّة بعبد، أو شاة، أو بعير، أو دابة، أو ثوب، أو قفيز من طعام يصحُّ، ويتعيَّن بعقد الوصيَّة ما عين منها.

وكذلك يجوز إطلاق اليمين في الدراهمِ والدنانير، [و]لو حلف على دراهم بأعيانها، أو دنانير بأعيانها، تعيَّنت، وتعلقت اليمين بها.

وكذلك يجوز إطلاق العبدِ في المهر والكتابة، ويتعيَّن بالتعيينِ.

وكذلك يجوز بيع قفيز من صُبْرة وصاع زيت، أو شيرج، أو برد من شيء مجتمع، وإذا عُيِّنَ جزءٌ منه، وأُفرِدَ بالعقدِ، صحَّ وتعيَّن، كذلك هاهنا.

وعلى أنَّ الدراهمَ والدنانير إذا أطلقت فهي بمعنى الموصوفة؛ لأنَّ نقد البلد إذا كان واحداً انصرف العقد إليه، ويكون بمنزلة المشروط فيه؛ لأنَّ العرف القائم بينهم يقوم مقام الشَّرط، ألا ترى أنَّ النقودَ إذا كانت مختلفة لا مزية لبعضها على بعض لم يجزْ إطلاق العقد فيها، وإنَّما يجوز إطلاق العقد إذا كان النقد المتعامل به واحداً لا يختلف، فيحمل إطلاق العقد عليه[1]، ويكون بمنزلة قوله: بعتك من هذا النقد بكذا.

---

(١) في «ت» و«م»: «إليه».

وليس كذلك العروض؛ فإنه يجوز العقد عليها بالوصفِ، وتثبت في الذِّمةِ، ولا يجوز إطلاق العقد عليها من غير وصف؛ لأنَّه لا عرفَ فيها يُحمَلُ العقد عليه، ويقوم مقام الشروط فيـه، فلو كان في نوع من العروض عرف قائم في المعاملةِ، لحملنا إطلاق العقـد عليـه من غير وصف، وأقمنا العرف فيه مقام الشَّرط والوصف.

وقد أومأ أحمد إلى هذا في رواية جعفر بن محمَّـد النَّسائي في الرَّجلِ يبتاع، فيفتح جراباً، فيريه، ثمَّ يقـول: الباقي على صفة هذا، قال: إذا جاءت على صفة، فليس له رَدُّهُ.

وهذا يدلُّ على أنَّ الثياب قد يثبت لها عرفٌ في بلدها، فتعلق عليها الصفة، كالنقود.

فإن قيل: أليس قد قال أحمد في روايـة الأثرم في رجل باع ثوبـاً بكذا وكذا درهماً، أو اكترى دابة بكذا وكذا درهماً، فاختلفا في النقدِ، فقال: لـه نقدُ النَّاس. فقيل له: إنَّ نقد النَّاس بينهم مختلف، فقال: له أقلُّ ذلك؟!

ونقل ابن القاسم عنه في رجل اشترى ثوباً بدراهم، والدراهم على ما علمت من اختلافهم، ثمَّ اختلفا في النقدِ: فليس له أن يعطيه أردأَ الدراهم، ولا أفضلها، ولكن الوسط. قيل له: فإن اختلفا، فأيُّ الدراهم يعطيه؟ قال: أقلها؛ يعني: المقطعة.

قالوا: وهذا يدلُّ من كلام أحمد على أنَّه يجوز إطلاق الثمن، وإن كان نقد البلد مختلفاً، فامتنع أن تكون العلَّة.

وكذلك نقل صالح عنه في رجل صَالَحَ رجلاً على ألف درهم، ولم يذكر صِحاحاً، ولا مكسَّرة: وقع الصلح على الصحاحِ ما لمْ يتواصفا على شيء.

وقد أطلق الصلح على ألف، وإن كانت مختلفة بالصحاحِ والمكسرة، والصلحُ بيعٌ.

قيل: أما كلامه في مسائل الأثرم وابن القاسم، فهو محمول على أنَّ نقد البلد مختلف، والأقل منه أغلب، فجعل له الأقل؛ لأنَّه غالب نقد البلد.

ويمكن أن يُحمَلَ ذلك على أنَّ البائعَ عيَّن أحد النقدين، ثمَّ اختلفا في ذلك النقد، فأسقط التحالف بينهما، وردَّهما في موضع إلى الأقلِّ، وفي موضع إلى الوسطِ.

والأوَّل أشبه؛ لأنَّ الاختلافَ في الأجودِ والأقل اختلاف في قدر الثمن، وذلك يوجب التحالف.

وكذلك يجب أن يُحمَلَ قوله: (يعط[ى] الوسط)، أو (يُعطى الصحاح) إذا كان ذلك غالب نقد البلد، وإنَّما كان كلامه محمولاً على الوجهِ الَّذي ذكرنا؛ لأنَّه قد نصَّ على أنَّ تعيُّنَ الثمنِ[1] شرط، فقال في رواية حرب في رجل ابتاع من رجل بُرّاً على سعر ما يبيع: لم يجزْ حتَّى يبيِّن له السِّعرَ.

---

(١) في «ت» و«م»: «في الثمنِ».

وكذلك نقل ابن منصور.

واحتجَّ بأنَّـه لو أطلق العقـد، ولم يعيِّنها، ولـم يصفها، لم تتعيَّنْ، فإذا عينها يجب أن لا تتعيَّن، كالمكيالِ والميزان.

والجواب عن جوازِ الإطلاق عليها: ما تقدَّم.

وأمَّا المكيال والميزان:

فإن لم يعرفْ مقدار المكيال، ولا مقدار الصَّنْجَةِ، لم يصحَّ العقد؛ لجهالة ذلك.

وإن كان مقدار المكيال معروفاً في البلدِ، وكذلك مقدار الصَّنْجَةِ، صحَّ العقد؛ لأنَّه معروف المقدار، ولكن لا يتعيَّن؛ لأنَّه ليس بمستحَقٍّ بالعقدِ، وإنَّما يُتوصَّلُ به إلى معرفة مقدار الحق، فلهذا لم يتعيَّنْ، وكذلك الميزان، وليس كذلك الموزون؛ فإنه نفس المستحق، فلهذا تعيَّن.

واحتجَّ بأنَّه ثمن، فوجب أن يكون موضعـه الذمة، كما لـو أطلق العقد.

والجواب: أنَّه إذا أطلق العقد؛ لم يثبتْ في الذمـةِ لكونـه ثمناً بدليل: أنَّه لو أطلق العقد في الإجارةِ، أو النكاح، أو الخلع، ثبت في الذمةِ، وإن لم يكنْ ثمناً.

وعلى أنَّ المعنى في الأصلِ: أنَّ الثمنَ هناك غير معيَّن، ولا مشار إليه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه بدلٌ مشار إليه، فتعيَّنَ.

دليله: العروض.

واحتجَّ بأنَّها لو تعيَّنت بالعقدِ لم يجز التصرُّف فيها قبل القبض، كالعروضِ إذا تعيَّنت بالعقدِ، لم يجز التصرُّف فيها قبل قبضها، فلمَّا جاز التصرُّف فيها قبل القبض، دلَّ على أنَّها لم تتعيَّنْ، وأنَّ محلَّها الذمَّةُ.

وقد أومأ أحمد إلى هذا في رواية ابن منصور: وقد سُئِلَ عن اقتضاء دراهم من دنانير ودنانير من دراهم في البيعِ، فقال: يأخذ بالقيمةِ، وإن اقتضاه في الدينِ فبالقيمة.

فأجاز التصرُّف فيه قبل القبض بأخذ العوض عنه.

والجواب: أنَّه إنَّما جاز التصرُّف في الثمنِ إذا كان متعيِّناً؛ لأنَّه يجوز التصرُّف في الثمنِ ـ أيضاً ـ إذا كان متعيَّناً قبل القبض؛ لأنَّ من أصلنا: لو ابتاع ثوباً جاز بيعه قبل قبضه، فإذاً الثمن والعروض على حدٍّ سواء في باب التصرُّف.

وإن كان الثمن في الذِّمَّةِ جاز التصرُّف أيضاً فيه؛ لأنَّه قد أُمِنَ انتقاضُ العقد بهلاك الثمن، ولم يؤمن انتقاضه بهلاك المبيع.

وعلى أنَّ هذا لا يصحُّ على أصلهم؛ لأنَّ العقار[1] يتعيَّن بالعقدِ، ويصحُّ بيعه قبل قبضه، فامتنع أن يكون جواز التصرُّف دلالةً على عدم التعيين.

والمسلمُ فيه غير متعيِّن، ولا يجوز التصرُّف فيه، فامتنع أن يكون ثبوته في الذمةِ دلالةً على جواز التصرُّف فيه.

---

(١) في «ت»: «العقاب».

واحتجَّ بأنَّه لا غرضَ في إثبات الدراهم والدنانير، وإنَّما الغرضُ في مقدارها، فإذا عُيِّنت لم تتعيَّنْ، وكان ذلك بمنزلة تعيين المكيال والميزان والأوزان، وكما لو استأجر أرضاً يزرعها حنطة؛ فإنَّه يجوز أن يزرعها حنطة وما ضررُهُ ضررُ الحنطة.

والجواب: أنَّ هذا باطل بالدراهمِ والدنانير في[1] الوديعة والغصب؛ فإنَّه لا يجوز إبدالها بمثلها، وإن وجد معناها.

وكذلك يبطل به إذا ابتاع قفيزاً من صبرة بعينها، أو صاع زيت من جملة زيت؛ فإنَّه يتعيَّن، ولا يجوز للبائع إبداله بغيره من تلك الصبرة ومن ذلك الزيت، وإن لم يكنْ في أعيانها غرض؛ لأنه طعام واحد وزيت واحد، وإنما الغرض في قدرها.

وعلى أنَّ الدراهم والدنانير قد تكون أعيانها مقصودة بأن تكون دراهم يعتقد أنَّها حلالٌ لا شُبهةَ فيها، وغيرها مشكوك فيه، أو تكون دراهم يتيقن أنَّها مملوكة له، وغيرها يشك في ذلك من حالها، فلا يأمن إذا أخذها ربَّما ظهر استحقاقُها.

ويفارق هذا المكيال والميزان من الوجه الذي ذكرنا.

ويفارق هذا إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة؛ لأنَّ في ذلك الموضع حقَّ المستأجر منفعةُ الأرض دون الحنطة، وإنَّما يستوفي حقه بالحنطةِ، فملك استيفاءها بالحنطة وما يقوم مقامها، كما لو كان لرجل على رجل

(١) في «ت» و«م»: «و» بدل «في».

دين؛ فإنَّه يملك استيفاءه بنفسه وبوكيله.

وليس كذلك الدراهم والدنانير إذا عُيِّنَت؛ لأنَّها حقٌّ للمشتري، وإذا أبدلها البائع بغيرها كان متصرِّفاً في حق غيره، فلم يكن له ذلك.

* * *

## ٢٩٨ ـ مَسْأَلَة

## من باع نخلاً غيرَ مؤبَّرٍ، فثمرتُهُ للمشتري:

قال في رواية الأثرم في من اشترى رقبة الأرض، وفيها ثمر ونخل لم يَبدُ صلاحه: فالثمرة تابعة للأرض إذا لم يقصد الثمر، وإنَّما قصد الأرض.

معنى قوله: إذا قصد الأرض، ولم يقصد ثمره: لم يبدُ صلاحها على البقاءِ، وجعل شراء الأرض ذريعة إلى ذلك.

وبهذا قال مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: الثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع.

دليلنا: ما روى أحمد في «المسندِ» قال: نا إسماعيل قال: نا أيوب، عن نافع، عن ابنِ عمرَ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلبَائِعِ، إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[1].

ومنه دليلان: أحدهما: من دليله، والثَّاني: من لفظه.

أمَّا من دليله: فهو أنَّه خصَّ المؤبَّر بالذكرِ، وعلَّق الحكم عليه،

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٦)، وتقدم تخريجه في الصحيحين.

فدلَّ على أنَّ غير المؤبَّر حكمُهُ بخلافه.

فإن قيل: تخصيص الشيء بالذكرِ لا يدلُّ عنـدنا على أنَّ ما عداه بخلافه، بل يكون موقوفاً على الدَّلالة.

قيل له: عندنا يدلُّ على أنَّ ما عداه بخلافه، ولنا أن نبنيَ فروعنا على أصولنا.

والدَّلالة الثانية من لفظه، وهو: أنَّ (مَنْ) [من] حروفِ[1] الشَّرط في اللغةِ، فيدلُّ اللَّفظ على أنَّ التأبيرَ شرط في كون الثمرة للبائع.

وإذا ثبت أنَّه شرطٌ فيه، لم يملكه بعدم الشَّرط، وعندهم وجود الشَّرط وعدمه سواء.

فإن قيل: لم يخرجْ هذا على وجه الشرط، وإنَّما خرج على العادةِ الجارية بينهم بتأبير النخل، ولم يكونوا يتركونه يخرج كلامه على العادةِ، كما قال تعالى: ﴿وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾[النساء: ٢٣]، فخصَّ الربيبة الَّتي تكون في حجره، وحرَّمها عليه؛ لأنَّ العادةَ أنَّ الربيبة تكون في حجر الرَّجل، فخرج الكلام على العادةِ، ثمَّ لم يكن الحكم مقصوراً عليها، بل التي ليس في حجره كالَّتي في حجره في التحريمِ.

وكما قال النَّبيُّ ﷺ: «لا قَطْعَ فِي الثَّمرِ حَتَّى يُؤْوِيَـهُ الجَرِينُ»[2]،

---

(١) (مَنْ) من أسماء الشرط، لا من حروفه.

(٢) رواه أبو داود (١٧١٠)، والنسائي (٤٩٥٨) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

فخصَّ الجرينَ بالذكر؛ لأنَّ العادة أن الثمرة قد استحكمت إذا اجتمعت في الجرين، فخرج كلامه على العادة، ثم لم يكن الحكم مقصوراً عليه، كذلك هاهنا.

قيل له: حقيقة اللغة ما ذكرنا، فوجب أن نحمل اللفظ على حقيقته، فإن تركناه في موضعٍ فلِدلالةٍ دلَّت عليه.

وعلى أن هذه العادة لا نعرفها، والإنسان يبيع النخل وقتَ حاجته إلى بيعها، وقد تكون في وقت الحاجة مطلعة، وقد لا تكون مطلعة، فكيف يبيعها مؤبَّرة؟ فسقط هذا السؤال.

فإن قيل: يحتمل أن يكون خرج هذا على سؤال سائل عن بيع النخل بعد أن يؤبَّر، فقال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً بعدَ أن يُؤبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلبَائِعِ»[1].

فذكر التأبيرَ لذكر السائل، لا أنَّه[2] شرطٌ فيه.

قيل له: لم يجئ[3] للسؤال، فلم يجب حمله عليه.

وعلى أنَّه يجب حمله على ما تقتضيه اللغة، وإن كان قد تقدَّمه سؤال؛ لأنَّ السؤالَ بغير حكمه.

وعلى أنَّ أبا بكر الأثرم رواه في «مسائله» بإسناده عن جابر: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ عَبداً، وَلَهُ مَالٌ، فلَهُ مالُهُ، وعليهِ دَيْنُهُ، وَمَنْ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «ت» و«م»: «إلا أنه».

(٣) في «ت» و«م»: «يجز».

أَبَّرَ نَخْلاً، فَبَاعَهُ بَعْدَ تَأْبِيرِهِ، فَلَهُ ثَمرَتُهُ، إلا أنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ»[1].

هذا معناه، وهذا يدلُّ على أنَّ الاعتبارَ بالتأبيرِ.

والقياس: أنَّه نماءٌ كامنٌ لظهوره غاية، فجاز أن يكون قبل ظهوره تابعاً لأصله.

دليله: الحمل واللبن.

وقولنا: (نماء) احتراز من الدقيقِ.

و(كامن) احتراز من الظاهر.

(لظهوره غاية) احتراز من الجوزِ واللوز؛ فإنَّ اللبَّ لا يخرج من قشره إلا بكسره وإخراجه، وكذلك الحنطة في السنبلِ.

وقولنا: (فجاز أن يكون تابعاً) احتراز من النخل الكبير إذا كان بعضها مؤبراً، وبعضها غير مؤبَّر، فباعها؛ أنَّه لا يبيع مالم يُؤبَّر منها على الأصلِ على اختلاف أصحابنا؛ لأنَّ التعليلَ للجواز.

ولا يلزم عليه عقد الرهن؛ فإنَّ النماء يتبعه أيضاً، كالبيعِ.

ولا يلزم عليه طَلْع الفُحول؛ لأنَّه لا يفرق بينه وبين غير الفحول.

فإن قيل: لو كان هذا بمنزلة الولد، لوجب إذا باع مئة نخلة في بستان؛ بعضها مؤبَّر، وبعضها غير مؤبَّر، أن لا يدخل المؤبَّر في البيعِ، ويدخل ما لم يؤبَّرْ، كما لو باع عشرين شاة، وقد ولدت واحدة منها، ولم تلد تسعة عشر؛ أنَّ الَّتي ولدت لا يتبعها ولدها، والَّتي لم تلدْ يتبعها.

---

(١) ورواه ابن حبان في «صحيحه» (٤٩٢٤).

قيل له: تأبيرُ بعضه جُعِلَ بمنزلة تأبير جميعـه، كما جعـل بدوُّ الصلاح في بعضه كهو في جميعه، ولم نجد في الأصولِ أنَّ ظهور الحمل في أحد الغنم جُعِلَ بمنزلة ظهور ما لم يظهرْ حملها، فلهذا فرَّقنا بينهما.

فأمَّا إذا لم يظهر واحد منهما، فهو في [الكمون][1] سواء، فيجب أن يتساويا في الحكم.

فإن قيل: لو كان بمنزلـة الولد، وجب أن يكون المؤبر منها وغير المؤبر سواء في كونـه تابعاً؛ لاتصاله بـه في الحالين جميعاً، كالولد المتصل.

فلمَّا اتفقنا على أنَّ الثمرةَ الظاهرة مع اتِّصالها بالنخلِ لا تكون تابعاً لها في البيعِ، ولا تكون بمنزلـة الولد المتصل بالأمِّ، بل هي كمـال منفرد عن النخل، لا يتبع النخل في البيعِ، كذلك الَّتي لم تؤبَّر.

قيل له: الحمل له استتار وظهور، وليس له اتصال؛ لأنَّه غير متصل بالأمِّ، وإنَّما هو مودع في الجـوفِ، فكانـت[2] الثمرة في حال استتارها بالطلعِ كالحملِ، وفي حال ظهورها كالولدِ الظاهر، وليس له اتصال.

ولأنَّ الثمرةَ إذا ظهرت أخذت شبهاً من الولـدِ الظاهر لظهورها من وعائها، وشبهاً من الجنينِ لاتصالها بالأصلِ، فلم يكن أحدهما أولى من الآخرِ، فبقيت الثمرة على ملك مالكها كما كانت.

---

(١) موضع الكلمة بياض في «م».

(٢) في «م»: «وكانت».

وليس كذلك إذا كانت الثمرة كامنة في وعائها؛ فإنَّها بمنزلة الحمل قبل ظهوره، وكانت تابعة للأصل.

فإن قيل: لو كانت كالحملِ واللبن لم يجزِ استثناؤها في البيعِ، كما لا يجوزِ استثناء الحمل واللبن.

قيل له: روى ابن القاسم وسندي جواز استثناء الحمل في البيعِ.

فعلى هذا: لا فرق بينهما.

ونقل ابن منصور وحنبل: لا يصحُّ.

وإنَّما اختلفتا من هذا الوجه؛ لأنَّ الحملَ واللبن أُجريا مجرى أجزاء الجارية في أنَّها تتبع في البيعِ، فحينَ لم يجزْ بيع بعض أعضائها بشرط القطع، لم يجزِ استثناء الحمل واللبن، والطلعُ أُجري مجرى أجزاء النخل، فلمَّا جاز إفراد بعض أجزاء النخل من السَّعفِ وغيره بشرط القطع، جاز استثناء القطع أيضاً، فاختلفا في هذا؛ لاختلافهما في هذا المعنى، وهما متساويان فيما ذكرنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ العقدَ على الشجرِ لا يوجب دخول الثمر في البيعِ بغير شرط.

دليله: المؤبر، وإذا باع مئةَ نخلة في بستان واحد، ونخلةٌ منها مؤبرة، وتسعٌ وتسعون نخلة غير مؤبرة؛ أنَّه لا يدخل شيء منها في البيع.

والجواب: أنَّها إذا أُبِّرَت فقد ظهرت، وإذا لم تُؤبرْ، فلم تظهر، وفرقٌ بينهما.

الدلالة عليه: الحمل واللبن.

ولأنَّها إذا أُبِّرَت فقد أخذت شبهاً من الحملِ ومن الولد الظاهر، فتعارضا، وبقيت الثمرة على ملك مالكها، وليس كذلك إذا لم تُؤبرْ؛ فإنَّها جارية مجرى الحمل، فكانت تابعة للأصل.

فإن قيل: ليس من حيث كانت في إحداهما ظاهرة والأخرى كامنة، يجب أن يختلف حكمها، ألا ترى أنَّ صوف الشاة ظاهر، ولبنها كامن، وجميعها يتبعان الأصل في البيعِ، والزرع ظاهر، والبـذر كامن، ولا يتبع الأصل في العقدِ عليه[1].

قيل له: إنَّما كان الشعر كاللبن في البيعِ، وإن[2] اختلفا في الظهور؛ لأنَّهما في حكم واحد بدليل: أنـه لا يجوز إفراد الشعر الظاهر بالعقد، كما لا يجوز إفراد اللبن الباطن بالعقدِ.

وأمَّا الزرع والبذر فإنَّما لم يتبعا؛ لأنَّ البـذرَ مودع، وليس بنماء الأرض، ولا جزء منها، فهو بمنزلة المال المدفون، والزرع الظاهر بمنزلة الطلع المؤبر.

وأمَّا إذا أُبِّرَ بعضُ نخيل بستان، ولم يُؤبَّرْ جميعه، فإنَّ أصحابنا اختلفوا في ذلك:

---

(١) في «ت»: «عليها»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) في «م»: «وإنما».

فقال أبو بكر: لا يكون تأبيرُ البعض تأبيراً للكلِّ[1]، بل يكون للبائع ما أبِّر دون ما لم يؤبرْ.

وقال شيخنا: تأبير بعضه قد جُعِلَ بمنزلة تأبير جميعه، كما جعل بدوُّ الصلاح في بعضه بدواً في جميعه.

واحتجَّ بأنَّ الثمرةَ لا تتبع الأصلَ في البيعِ بحال.

دليله: ثمار سائر الأشجار، وإذا كان النخل مؤبَّراً.

والجواب عنه إذا كان مؤبراً: ما تقدَّم.

وأمَّا سائر الأشجار فإن ثمارها تتبع أصولها إذا كانت كامنة في وردها، فإذا ظهرت الثمار، وتناثر الورد، لم تتبعْ أصولها، فإذاً لا فرقَ بينهما.

واحتجَّ بأنَّه نماءٌ خارج من الأصلِ، وله غاية ينتهي إليها في العادةِ، وهي كالشجرةِ نفسها.

وفيه احتراز عن الولدِ في البطن، واللبن في الضرع؛ لأنَّهما غير خارجين عن الأصل.

والجواب: أنَّ الشجرةَ نفسها نماء ظاهر، فلهذا لم تتبع الأرض في البيعِ، فهي كالثمرةِ المؤبرة، والولد الظاهر.

واحتجَّ بأنَّ الطلعَ يجوز إفراده بالبيعِ، فلم يكن تابعاً.

---

(١) في «ت» و«م»: «تأبيرَ الكلِّ».

أصله: الثمر المنفصل.

والجواب: أنَّه يبطل بأغصان الشجرة، وسعف النخلة؛ تتبع الأصل، وبالشجرةِ تكون في الدارِ تتبع الدار في البيعِ، وإن كان يجوز إفرادها بالبيعِ، وكذلك البناء يتبع الأرض في البيعِ، وإن جاز إفراده بالبيع.

* * *

## ٢٩٩ ـ مَسْأَلَة

### إذا باعَ نخلاً مؤبَّراً، فثمرتُهُ للبائعِ، ولَهُ تركُهَا حتَّى تُدرِكَ:

ذكره الخرقي في «مختصره».

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: يُؤخَذ البائع بقطعه، ويُجبَرُ عليه.

دليلنا: حديث جابر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «أَرَأَيْتَ لَوْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟!»(١).

وهذا يدلُّ على أنَّ الثمرةَ المبيعة يجب تركها إلى حال إدراكها؛ لأنَّه لو كان يجب قطعها في الحالِ لما أصابتها الجائحة، ولا منعت الثمرة.

وأيضاً فإنَّ من ابتاع شيئاً متعلقاً بحقِّ غيره، فإنَّما يُجبَرُ الغير على إزالته ونقله على حسب العادة في ذلك، ألا ترى أنَّ المشتريَ إذا زرع الأرض، فاستحقَّ الشفيع الأرض، لم يُجبرْ على قلع الزرع حتَّى

---

(١) رواه البخاري (٢٠٨٦)، ومسلم (١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

يبلغ أوان الحصاد.

وكذلك لو ابتاع من رجل داراً ليلاً، وفيها طعام وقماش كثير، لم يُجبرْ على نقله ليلاً؛ لأنَّ العادةَ لم تجرِ بذلك، ولا يُجبَرُ ـ أيضاً ـ على جمع الحمَّالين دفعة واحدة، بل ينقله شيئاً فشيئاً على حسب العادة.

وكذلك لو ابتاع أرضاً ذات نخل وشجر، واستثنى البائع النخل والشجر، لم يُجبَر البائع على نقلها؛ لأنَّ ذلك لا يُنقلُ في العادةِ.

وكذلك الثمارُ في العادةِ لا تُقطَعُ إلى وقت الجذاذ، فلم يُجبرْ البائع على إزالتها ونقلها قبل تلك الحالة.

فإن قيل: القياس كان يقتضي أنَّه يجب على المشتري نقل زرعه، لكن تركناه استحساناً.

قيل له: المعنى الَّذي تركت لأجله القياس في حقِّ الشفيع موجود هاهنا، فيجب أن تتركه له.

فإن قيل: إنَّما لم يُجبرْ على نقل الطَّعام والقماش ليلاً؛ لأنَّه لا يمكن نقله ليلاً، ولا يجد من ينقله.

قيل له: النقل باللَّيلِ يمكن، ويوجد، ولكن تلحق المشقَّة فيه، وكذلك في قطع الثمرة قبل بدوِّ صلاحها يمكن، لكن تلحقه المشقَّة فيه.

فإن قيل: فإذا استثنى النخل والشجر ملك ذلك بأصله من الأرضِ، لهذا لم يجبرْ على نقله.

قيل له: إنَّما ملك ذلك بأصله من الأرض؛ لأنَّ العادةَ جارية ببقاء

النخل على الدوامِ، ألا ترى أنَّه لو باع أرضاً فيها زرع مستثنى للبائـع، لم يكنْ له ذلك بأصله من الأرض؛ لأنَّ العادةَ فيه أنَّه لا يبقى على الدوام.

فإن قيل: هذا يبطل بالثمرةِ إذا جذَّها، وتركها في أرض يُشمِّسُها، أو قطف العنب، وتركـه فيها ليصير زبيباً، ثمَّ باع الأرض؛ فإنَّه يُجبَر على نقله قبل جفافه، وإن لم تجرِ العادة بذلك.

قيل له: لا عادةَ في تجفيفـه في أرض بعينها، فلهـذا لزمـه نقلها؛ ليجففها في أيِّ موضع شاء.

وأيضاً من ابتاع شيئاً، وحصلت منفعـة مستثناة لغير المشتري، فإنَّ المستحِقَّ لتلك المنفعة له استيفاؤها على الكمالِ، كما لو باع أمةً مزوجة؛ فإن منفعة البُضعِ تكون مستثناة للزوج على الكمال.

فإن قيل: فالزوجِ لا يملك استيفاء منفعة البُضعِ ليـلاً ونهاراً، وإنَّما له ذلك ليلاً، فلا يحصل له ذلك على التمام.

قيل له: القدر الَّذي حصل مستثنى هو الَّذي حصل للزوج بعقد النكاح، وذلك القدر هو الاستمتاع باللَّيلِ دون النَّهار، وعلى المشتري تمكينه، فأمَّا الاستمتـاع نهاراً، فلم يكن ذلك حقاً للزوج حتَّى يكون مستثنى بالعقدِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّ ملك المشتري مشغول بمال البائع، فيُجبَر على نقله على حسب الإمكان، كما لو جَذَّ الثمرة بعد ما أدركت، وتركها في أرضه، وأراد تجفيفها، ثمَّ باع الأرض، أو قطف العنب، وتركه في أرضه؛ ليصير زبيباً، ثمَّ باع الأرض، أو باع داره، ولـه فيها متاع؛ أنه

يُجبرُ على نقل ذلك كله على حسب الإمكان.

والجواب: أنَّ الواجبَ في ذلك نقلها على ما جرت العادة دون الإمكان بدليل ما ذكرنا من الشَّفيعِ لا يُجبِرُ المشتري على نقل الزرع قبل حصاده، وإن كان ذلك ممكناً، وكذلك لا يُجبَر البائع على نقل المتاع ليلاً، وإن كان ممكناً، كذلك هاهنا.

وأمَّا إذا كان فيها ثمرة يشمِّسها ويجفِّفها، فإنَّما كُلِّفَ نقلها قبل ذلك؛ لما ذكرنا، وهو: أن ذلك لا يختصُّ بمكان دون مكان.

واحتجَّ بأنَّا لو أجبرنا المشتري على تركها إلى وقت إدراكها صار كأنَّ البائع باع شيئاً، واستثنى لنفسه منفعته، وهذا لا يجوز، ألا ترى أنَّه لو قال: (بعتك هذه الدار على أنَّ أسكنها سنة) لم يصحَّ العقد؟

والجواب: أنَّه يصحُّ ذلك عندنا، ويأتي الكلام فيه في ما بعدُ، إن شاء الله.

على أنَّ هذا باطل بالزَّرعِ في حق الشفيع؛ فإنَّه لا يملك إجبار المشتري على قطعه، وإن أدَّى ذلك إلى المعنى الَّذي ذكره.

* * *

## ٣٠٠ ـ مَسْأَلَة

**إذا باعَ الثمرةَ قبل بدوِّ صلاحها لم يَجزْ، إلا أن يشترطَ قطعَها:**

نصَّ على هذا في رواية ابن القاسم وسندي: لا بأس أن يشتري

البلحَ ليقطعه، والحصرمَ إذا كان يقطعه.

كذلك نقل أبو طالب عنه: يجوز أن يبيع البلح على أن يصرمه.

وقد علق القول في رواية عبدالله: إذا اشترى بلحاً في نخل ليقطعه على المكانِ فنعم، فإن اشتراه ورأْيُهُ قطعُهُ، وباعه على مثل ذلك، ثمَّ إنَّ المشتريَ تركه حتَّى أدركتـه عاهة، يرجع على البائعِ بماله، هـو في ملك البائع قبل أن يجذَّه.

وظاهر هذا: أنَّه أجاز البيع من غير شرط إذا كان عزمه قطعه.

والمذهب: أنَّه لا يصحُّ، وبه قال مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا لم يشترط قطعها جاز البيع.

دليلنـا: ما روى أحمـد بإسـناده عـن ابـنِ عمـرَ قال: سمعـت رسول الله ﷺ ينهى أن تُباعَ الثمـارُ حتَّى يبـدوَ صلاحُها، وتنجـو من العاهاتِ.

وروى بإسناده في لفظ آخر عن ابن عمرَ: نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تذهبَ العاهةُ[1].

وروى بإسناده في لفظ آخر عن ابنِ عمرَ، عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع النخل حتَّى يزهوَ، وعن السُّنبلِ حتَّى يبيضَّ، ويأمنَ العاهةَ، نهى البائعَ والمشتري[2].

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المستد» (٢/ ٥٠).

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٥). ورواه مسلم (١٥٣٥).

وبإسناده عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعِ الثمرِ حتَّى تُشَقِّحَ. قلت: متى تُشَقِّحَ؟ قال: تَحْمَارُّ، وتَصْفَارُّ، ويُؤكَلُ منها[1].

وروى بإسناده عن عمرةَ بنت عبد الرحمن عن عائشة: أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تنجوَ من العاهة[2].

وروى بإسناده عن أنس: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتَّى تزهوَ، وعن العنبِ حتَّى يسوَدَّ، وعن بيع الحبِّ حتَّى يشتَدَّ[3].

ذكر عبدالله هذه الأخبار في «مسائله»، وظاهر هذه الأخبار يقتضي تحريمَ بيعها في جميع الأحوال، إلا أنَّ الدَّلالـةَ دلَّت على جواز بيعها بشرط القطع، فأجزناه، وبقي ما عداه على موجب حكم النهي مستعملاً في بيعها على الإطلاقِ.

وفيها دليل آخر، وهو: أنَّ النَّبيَّ ﷺ علَّقَ النهي فيها بعدم صفة من الثمرةِ، وهو بدوُّ الصلاح فيها وحصول الإزهاء، وعندهم النهي لا يتعلَّق بذلك، وإنَّما يتعلَّق بشرط التبقية.

فإن قيل: المراد بالخبرِ: النهي عن بيعها بشرط التبقيـة بدلالـة ما رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنه قال: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِـمَ يَأْخُذُ

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٣١٩). ورواه البخاري (٢٠٨٤)، ومسلم (٢٠٨٤).

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٦/ ١٦٠).

(٣) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٢٢١).

أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»[1].

والموجود من الثمرةِ في الحالِ غير ممنوع، وإنَّما يجـوز أن تُمنَعَ الأجزاءُ الَّتي ينتظر حدوثها بتركها إلى أن يتنامى[2] عظمها بأنْ لا يوجـدها الله تعالى.

قيل له: لا يصحُّ هذا التَّأويل؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ علَّق جواز البيع ببدوِّ الصلاح، والبيع المشروط فيه التبقية لا يجوز عندكم بعد بدو الصلاح.

ولأنَّ النبي ﷺ علَّق النهي عن البيعِ لمعنى يعود إلى الثمرةِ، وهو عدم بدوِّ الصلاح فيها، والبيع المشروط فيه التبقية يبطل عندهم لا لمعنى يعود إلى الثمرةِ.

وأمَّا قولهم: إنَّه جعل العلَّة في إبطال العقد هلاك الثمرة، وهذا إنَّما يكون في الأجزاءِ الَّتي تنتظر، وذلك إنَّما يكون بشـرط التبقيـة، فليس كذلك؛ لأنَّ عندنا أنَّ الثمار إذا بيعت مطلقاً، فإنَّ إطلاق العقد يقتضي تبقيتها إلى أوان الجذاذ، فيلحقها التلف والعاهة، كما لو شرط تبقيتها.

فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد بالخبرِ النهي عن بيع الثمرة قبل ظهورها بدلالة قوله: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ»، وإنَّما يمنع المعدومَ بأنْ لا يوجدها.

قيل له: لا يمكن حمله على هذا؛ لأنَّه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «م»: «يباهي».

صلاحها، فاقتضى أن يكون هناك ثمرة موجودة يتوجَّهُ النَّهي إليها.

والقياس: أنَّها ثمرة نامية أُفرِدت بالبيعِ قبل بدوِّ صلاحها، لا على شرط القطع، فلم يصحَّ بيعها.

دليله: لو باعها بشرط التبقية.

وقولنا: (نامية) احتراز منه إذا باع ثمرة في أصلها، والأصل مقطوع من الأرضِ؛ لقولنا نامية.

وقولنا: (أفردت بالعقد) احتراز منه إذا بيعت مع أصلها.

وقولنا: (قبل بدو صلاحها) احتراز منه إذا باعها بعد بدو الصلاح.

وقولنا: (لا على شرط القطع) احتراز منه إذا شرط قطعها.

فإن قيل: إذا شرط تركها، فقد نفى موجب العقد، فبطل العقد، وليس كذلك إذا أطلق العقد؛ لأنَّه لم يَنفِ موجبه.

قيل له: لا نسلِّم أنَّه نفى موجب العقد؛ لأنَّ تسليم الثمرة على أصولها يكون بالتخليةِ بينها وبين المشتري، ولو تلفت بعد ذلك كانت من ضمان المشتري، فلم يكن شرط التبقية منافياً؛ لأنَّ نقلها بعد التسليم ليس من أحكام العقد، وإنَّما هو بحكم العادة، كما قالوا في المشتري إذا زرع: لم يكنْ للشفيع أخذه بالقطعِ.

وأيضاً فإنَّا نبني المسألة على أنَّ إطلاق العقد يقتضي التبقية، ونستدلُّ عليه بما تقدَّم من أنَّ من باع داراً ليلاً، وفيها طعام وقماش، لم يُجبرْ على نقله ليلاً، ولا يُجبرُ على نقله دفعة واحدة.

وإذا باع أرضاً فيها نخلٌ وشجرٌ، واستثنى ذلك، لم يُجبرْ على نقله.

وكذلك المشتري إذا زرع، لم يُجبِرْه الشفيع على قطعه.

وإذا كان كذلك، فالعادة في الثمارِ: أنَّها لا تُنقلُ وتزالُ عن النخلِ إلى وقت الجذاذ، فحُمِلَ إطلاق العقد عليه، فنقول: إطلاق العقد إذا كان له عرفٌ وعادةٌ تُحمَلُ عليه صار بمنزلة المشروط في العقدِ.

دليله: الأثمان؛ فإنَّها تحمل عند الإطلاق على نقد البلدِ، ويصير كالمشروطِ فيه، كذلك هاهنا.

فإن قيل: إنَّما حملنا المطلق من الثمنِ على النقد المعتاد؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلى فساد البيع، وفي الثمرة إذا حملنا الإطلاق على العادة في التبقية يؤدِّي إلى فساد البيع؛ لأنَّه يصير بمنزلة من باع طعاماً في بيت، وشرط تركه فيه.

قيل له: نقد البلد لو كان مختلفاً ـ ولم يكن بعضها أغلب من بعض ـ بطل، وإن كان نقد أقرب البلدان إليه واحداً، ووجب حملُهُ على نقد بلده، وإن أدَّى إلى فساد البيع.

ثمَّ هذا باطل بالمشتري إذا زرع، ثمَّ أخذه الشفيع؛ فإنَّه لا يُجبره على نقله، وإن أدَّى إلى المعنى الَّذي قال.

وما ذكره من بيع الطَّعام والمتاع فإنَّما وجب نقله؛ فإنَّه لا عادةَ في تركه، وتبقيته عليه.

فإن قيل: لو وجب حمل البيع على المعتادِ، لوجب أن يكون بيع

الثمار باطلاً؛ لأنَّ العادةَ ببغداد أنَّ أصحـاب الثمار يشترطون [. . . .][1] على المشتري، ومعلومٌ أنَّ هذا بيع باطل.

قيل له: العادة إذا كانت مخالفة للشرع لم يُحمَل العقد عليها، وإنَّما يُحمَل على عادة صحيحة جائزة غير مخالفة الشرع.

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو شرط قطعها جاز، كذلك إذا أطلق العقد [و]لم يشترطْ، يجب أن يجوز، كما لو بدا صلاحها.

والجواب: أنَّه إذا شرط القطع لا يكون معقوداً على غرر؛ لأنَّها إذا قطعت سلمت من العاهةِ، فلهذا صحَّ البيع، وكذلك إذا بدا الصلاح قد نجت من العاهةِ، فلا يكون العقد على غرر.

وليس كذلك إذا لم يبدُ صلاحها، وباعها مطلقاً؛ لأنَّ ذلك يقتضي تبقيتها على ما قررناه، وفي ذلك غرر، ولهذا نهى النَّبيُّ ﷺ عن بيع الثمار حتَّى يبدو صلاحها، وحتى تنجو من العاهةِ، وحتى تُزهِيَ، ولهذا قال: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِـمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»[2].

واحتجَّ بأنَّ العقد على الأعيانِ لا يفتقر في[3] صحَّته إلى شرط نقلها عن ملك البائع بدلالة: العقد على الطَّعام في أرض البائع أو في داره، والثوب، والعبد.

---

(١) كلمة غير واضحة في «ت» و«م»، ووجه الكلام واضح.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في «ت» و«م»: «على».

والجواب: أنَّ العرف في سائر الأعيان تسليمها في الحالِ، فحُمِلَ مطلق العقد فيها على العرف، فيجب على هذا القياس أن يُحمَل مطلق العقد على الثمرةِ قبل بدوِّ صلاحها على[1] العرفِ فيها، وهو التبقية، فوجب حمله عليه، كما حُمِلَ على العرفِ في الأثمان.

وإن قاسوا على الثمرةِ المبيعة مع الأصل، فالمعنى فيها: أنَّ الغررَ قد سقط هناك؛ لكونها تبعاً للأصل، فجاز، كما قلنا للمجهولِ[2] من أساس الدار وأطراف الجذوع وطي البئر، وكذلك بيع الحمل، والصوف على الظَّهرِ.

وإن قاسوا على الوصيَّةِ بها مطلقاً؛ احتمل المنع، واحتمل الجواز، ويكون الفرق بينهما: أنَّه لا ضرر على الموهوبِ له والموصى له في ملكها قبل بدوِّ صلاحها؛ لأنَّه لم يبذلْ عوضاً في مقابلها حتَّى إذا تلفت ذهب عوضه، فلذلك صحَّت تلك العقود.

فأمَّا المبتاع فعليه ضرر في الابتياع قبل بدوِّ الصلاح؛ لأنَّه بذل عوضاً في مقابلها، فإذا ذهب عوضها، فكان فيه ضرر، فلم يجز، ألا ترى أنَّ الوصيَّةَ تجوز بالمعدومِ والمجهول، وإن لم يُخرَّص البيع.

* * *

(١) في «ت» و«م»: «في».

(٢) في «ت» و«م»: «كالمجهول».

## ٣٠١ - مَسْأَلَةٌ

### إذا باع الثمرةَ بعد بدوِّ صلاحها بشرطِ التبقيةِ صحَّ:

ذكره الخرقي في «مختصره».

وقد نصَّ أحمد في رواية الجماعة على أنَّه إذا اشترى الثمرة، ولحقتها جائحة: أنَّها تتلف من مال البائع.

وهذا يدلُّ من أصوله على أنَّ له شرط البقاء إلى وقت الجذاذ.

وبه قال مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا شرط البقاء بطل البيع.

دليلنا: ما تقدَّم من نهي النَّبيِّ ﷺ عن [بيعِ] الثمرةِ حتَّى يبدوَ صلاحها، وحتى تُزهِيَ، وحتى تنجوَ من العاهةِ، وحتى تُشقِّحَ، وحتى تَطِيبَ.

ومنه دليلان:

أحدهما: أنَّه أجاز البيع بعد بدوِّ صلاحها على الإطلاقِ، فيدخل فيها البيع بشرط القطع، والبيع مطلقاً من غير شرط.

والثَّاني: أنَّه علق النهي بغاية، وهو بدو الصلاح فيها، وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها، فلمَّا كان البيع قبل بدوِّ الصلاح بشرط التبقية باطلاً، اقتضى بحكم الغايةِ[1] أن يكون بعد بدوِّ الصلاح بشرط التبقية صحيحاً.

---

(١) في «ت» و«م»: «بالغايةِ».

وأيضاً فإنَّ العادةَ في الثمارِ تبقيتها على أصولها إلى أوان الجذاذ، فإذا جاز إطلاق العقد فيها، جاز بشرط التبقية، ألا ترى أنَّ النقدَ إذا كان معروفاً معتاداً في البلدِ، جاز إطلاق العقد عليه، وجاز شرطه.

ولأنَّا نبني هذه المسألة على ما قبلها، وأنَّ إطلاق العقد في الثمارِ يقتضي التبقية، فإذا شرط ذلك في العقدِ كان تأكيداً، فلم يُغيِّره، كما لو شرط تسليم المبيع.

واحتجَّ المخالف بأنَّ تسليم المبيع في الحالِ من موجب العقد، فإذا شرط ترك الثمرة، فقد نفى موجب العقد، ونفيُ موجب العقد يفسد العقد، كما لو اشترى عبداً على أن لا يسلمه إليه إلى شهر بطل العقد؛ لأنَّه نفى موجبه.

والجواب: أنَّ موجب العقد هو التسليم، وتبقية الثمرة ليس بتأخير التسليم؛ لأنَّ تسليم الثمرة على رؤس النخل بالتخليةِ بينها وبين المشتري، وإنَّما الكلام في نقلها، والنقلُ ليس من موجب البيع، وإنَّما يجب النقل على حسب العادة بدليل: أنَّ الثمرةَ لو بقيت مع الأصل، لم يجبْ على البائعِ نقلها إلى أوان الجذاذ، وإن لم تكن الثمرة مبيعة، ولا معقود عليها.

واحتجَّ بأنَّه اشترى ثمرة على شرط الترك، فوجب أن لا يجوز، كما لو اشتراها قبل بدوِّ صلاحها، وشرط تركها.

والجواب: أنَّ [في] بيعتها قبل بدوِّ صلاحها غررٌ كثير؛ لأنَّها[1]

---

(١) في «ت» و«م»: «ولأنَّها».

تَعْرِضُ للهلاك[1]، ولهذا قال رسول الله ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ»، وإذا بدا الصلاح زال الغرر، فجاز بيعها.

واحتجَّ بأنَّه شرط الانتفاع بملك البائع في عقد البيع، فهو كما لو باع بيتاً فيه طعام على أن ينقله بعد شهر.

والجواب: أنَّه يجوز ذلك على أصلنا.

على أنَّه لا عادةَ في تبقية الطعام، وفي الثمار عادة.

* * *

## ٣٠٢ - مَسْأَلَة

**إذا اشترى الثمرةَ قبل بدوِّ صلاحها بشرط القطع، فلم يقطعها حتَّى بدا صلاحها، وأتى عليها أوانُ جذاذها، بطلَ البيعُ، وتكون الثمرةُ بزيادتها للبائع، ويَرُدُّ الثمنَ على المشتري في أصحِّ الرِّوايتين:**

نقلها أبو طالب، وحنبل في موضع:

فقال في رواية أبي طالب: لو باعه نخلاً على أن يصرمه، فتركه حتَّى اصفرَّ، أو احمرَّ، فسد البيع، وكذلك الحشيش إذا لم يقطعه وسَنْبَلَ، فسد البيع، وتكون الثمرةُ والسنبلُ لصاحب الأرض.

وكذلك نقل حنبل في موضع: إذا باعه نخلاً على أن يصرمه،

---

(١) في «ت» و«م»: «الهلاك».

فتركه حتَّى بلغ، فذلك للبائع، ويرد عليه الثمن.

وكذلك نقل أبو طالب في من اشترى قَصِيلاً؛ ليجزه وهو حشيش، فتركه حتَّى سَنْبَلَ، فسد البيع.

وهذه الرِّواية اختيار الخرقي وأبي بكر.

وفيه رواية أخرى: العقد صحيح لم يبطلْ.

نصَّ عليه في رواية [. . . .][1] ابن سعيد، وحنبل في موضع آخر:

فقال في رواية ابن سعيد: لا يشتري الرطبة إلا جزَّه، فإن تركها حتَّى تطول وتكبر، كان للمبتاع ما جزَّ منها، وكان البائع شريكاً للمبتاع في النماء الزائد، إلا أن يكون يسيراً قدرَ يوم، أو يومين، وكذلك النخل.

وكذلك نقل حنبل: لا يجوز بيع الرطبة الأجزه، فإن باعه على أن يجزَّه، أو نخلاً على أن يصرمه، فتركه حتَّى زاد، فالزِّيادة لا يستحقُّها واحد منهم، ويتصدقان به.

فقد اتَّفقا عنه على أنَّ البيع لم يبطلْ، واختلفا في قدر الزِّيادة؛ فنقل ابن سعيد: أنهما يشتركان فيها، ونقل حنبل: يتصدقان بالزِّيادةِ.

وقوله: يتصدقان، ويشتركان بالزِّيادةِ؛ يريد به: الزِّيادة في القيمة؛ لأنَّ الزِّيادةَ هاهنا في عين الثمرة، وليست أعياناً يُشارُ إليها؛ فينظر: كم كان قيمتها وقت العقد؟ فإذا قيل: مئة، قيل: وكم قيمتها بعد الزِّيادة؟ قالوا: مئتان، فيتصدقان [أ]و يشتركان في القيمةِ الزائدة.

---

(١) بياض في «ت».

وهذا عندي على طريق الاستحباب؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمنْ، وهذه الثمرة قبل قطعها ليست من ضمان المشتري بدليل: أنَّها لو تلفت بآفة سماوية، أو بعطش كانت من ضمان البائع[1]، ولهذا كُرِهَ له أخذ ربحها.

وكُرِهَ للبائع أيضاً؛ لأنَّها حدثت على ملك المشتري.

وقوله: (يشتركان) على طريق الاستحباب؛ لأنَّ المشتريَ تعدَّى بتركها في نخل البائع، فاستحبَّ له أن يستطيبه بجزء منها.

والفقه[2] في ذلك إذا قلنا: العقد لم يبطلْ: أن تكون بزيادتها للمشتري.

ونقل أبو طالب في موضع آخر: إذا اشترى قصيلاً، ثمَّ مرض، أو توانى حتَّى صار شعيراً، فإن أراد الحِيلةَ فسد البيع.

وظاهر هذا: أنَّه إذا لم يقصدْ ذلك فالعقد صحيح.

ومعنى هذا: أنَّه إذا لم يقصد الحيلة فهو أسهل في بابه، بمعنى: أنَّه إذا لم يأثمْ بذلك لو قصد الحيلة، وهو: أن يشترط القطع حال العقد، وفي نيَّته تبقيته إلى وقت الجذاذ، أثم بذلك؛ لأنَّه يَغُرُّ البائع، وإلا فهما يتفقان في حكم البطلان والصحَّة، وإنَّما يختلفان في المأثم؛ لأنَّ ما يُبطِلَ البيعَ لا فرقَ بين القصد فيه وعدمه، كتلف المبيع قبل قبضه.

---

(١) في «ت» و«م»: «المشتري».

(٢) أي: حكم الفقه والفتوى، والله أعلم.

وقال أبو حنيفة ومالك والشَّافعي: العقد صحيح لم يبطلْ، والثمرة للمشتري بزيادتها.

وجه الأولى، وأنَّ العقدَ باطل، والثمرة بزيادتها للبائع: ما تقدَّم من نهي النَّبيِّ ﷺ عن بيع الثمارِ حتَّى تَزهوَ، وحتى يبدوَ صلاحُها.

وهذا عامٌّ فيه إذا كان بشرط القطع، وبشرط البقاء، إلا أن[ا] خصَّصنا جواز ذلك إذا كان بشرط القطع وتعقَّبه القطعُ بالإجماعِ، وبقي ما عداه ـ وهو إذا لم يقطعْ ـ على موجب الظاهر.

وأيضاً فإنَّه أخَّر قبضاً مستحقاً لحق الله تعالى، أشبه تأخير قبض رأس مال السلم والصرف.

ولأنَّها ثمرة أُفرِدت بالعقدِ، لم يبدُ صلاحها، ولم تقطع في وقت إمكان القطع، فبطل العقد، كما لو شرط البقاء، أو أطلق العقد.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ العقدَ أوجب الغرر، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الغررَ حدث بعده.

قيل: لا يمتنع أن يحدث بعده، ويجري مجرى الموجود حال العقد بدليل: التفرق قبل قبض رأس مال السلم، وثمن الصرف.

ثمَّ لا نسلِّم: أنَّ الغررَ حدث بعده، وهو أنَّه قد يشرط القطع؛ ليسلم له العقد، ويعتقد الترك؛ ليحصل له الغرض، فيجعل الشَّرط ذريعةً إلى ذلك، والذرائع معتبرة لما نُبيِّنهُ في ما بعدُ.

ونبني المسألة على أصل، وهو: إذا ابتاع ثمرة، فلم يقبضها حتَّى

حدثت ثمرة أخرى، ولم تتميَّز الثَّانية من الأولى؛ أنَّ العقدَ يبطل عندنا، وعند أبي حنيفة، وأحد القولين[1] للشافعي، كذلك إذا كانت الزِّيادة متصلة بعلَّة: أنَّه أحد نوعي الزِّيادة، فإذا حدثت قبل القبض، جاز أن تؤثِّر في بطلان العقد، كالزِّيادةِ المنفصلة إذا لم يتميز المبيع منها.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ الزِّيادةَ منفصلة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّها متصلة بالمبيعِ، فهي كما لو ابتاع عبداً هزيلاً، فقبل أن يقبضه سَمِنَ.

قيل: هذا لا يوجب الفرق بينهما في البطلانِ، كما لم يوجبه في الفسخِ، وقد ثبت أنَّه لو ظهر على عيب، وقد زاد المبيع زيادة متصلة أو منفصلة ملك الفسخ، وكذلك إذا أفلس بالثمنِ وهناك زيادة.

ونبني المسألة على أصل آخر، وهو: القول بالذرائعِ، وذلك أنَّا لو حكما بصحَّة البيع كان ذريعةً إلى شراء الثمرة قبل بدوِّ صلاحها على التركِ إلى وقت الجذاذ؛ لأنَّه يشترط القطع؛ ليسلم له العقد، ويعتقد الترك؛ ليحصل له الغرض، والذرائعُ معتبرة في الأصولِ، ألا ترى أنَّ اللهَ - تعالى - نهى عن سبِّ الآلهة، وإن كان مباحاً؛ لئلا يكون ذريعةً إلى سبِّ الله - تعالى - بقوله: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[الأنعام: ١٠٨].

---

(١) في «ت» زيادة: «أن».

وامتنع النَّبيُّ ﷺ من قتل المنافقين؛ لئلا يقولوا: إنَّ محمَّداً يقتل أصحابه.

ومنع من أن يأكل من هَديِهِ إذا عطب دون محلِّهِ؛ لئلا يكون ذريعة إلى أنَّه قصَّر في علفه.

والجماعة يُقتلون بالواحدِ؛ لئلا يكون ذريعة إلى أن من أراد قتل غيره شارك غيره؛ ليسقط القصاص عنه.

وكذلك حرمَ القاتلَ الإرثَ؛ لئلا يكون ذريعة إلى تعجيل الميراث.

وكذلك لم يُجِزْ قرضَ الإماء المباح وطؤُهنَّ؛ لئلا يكون ذريعة إلى الاستباحةِ بغير عقد ولا ملك.

وكذلك قال أصحابنا: الفِرارُ من الزَّكاةِ لا يُسقِط؛ لأنَّه يكون ذريعة إلى إسقاط الزَّكاة جملة.

وكذلك إذا باع طعاماً إلى أجل، فلمَّا حلَّ الأجل، باع المشتري من البائعِ ذلك الطَّعام بالثمنِ الَّذي له عليه، فلم يصحَّ البيع؛ لأنَّه ذريعة إلى حصول بيع طعام بطعام.

وكذلك من أراد أن يقرض ديناراً بدينارين إلى أجل، فباعه سلعة بدينارين إلى سنة، لا بقصد البيع، ثم رجع، فابتاعها منه بدينار نقداً، ويبقى له دينار إلى سنة، كذلك هاهنا.

وقد رُوِي أنَّ رجلاً باع من رجل حريرة بمئة، ثمَّ اشتراها بخمسين، فسُئِلَ ابن عبَّاس عن ذلك، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة،

دخلت بينهما حريرة.

وقد ذكر الحضرمي في كتاب «البيوع» هذا الحديث بلفظين أخرجه إلينا أبو محمَّد النَّجَشِيُّ بإسناده قال: قال ابنُ عبَّاس: اتَّقوا هذه العِينةَ، لا تكون دراهم بدراهم بينهما حريرة.

وبإسناده عن أنس: أنَّه سُئِلَ عن العِينةِ؛ يعني: بيع الحريرة، فقال: إنَّ الله َلا يُخدَع، هذا ممَّا حرَّم الله ورسوله.

وروى ابن بطَّة في تحريم النبيذ بإسناده عن الأوزاعي، عن النبي ﷺ قال: «يَأتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ يَستَحِلُّونَ الرِّبَا بِالبَيعِ»؛ يعني: العينة.

وهذا يقتضي أن ذكر البيع في ما يُقصَد بـه الرِّبا لا يبيحه، [و]ذلك يقتضي أنَّ ذكر الشَّرط في ما يُقصَد به عدمه لا يبيحه.

فإن قيل: الذرائع غير مؤثِّرة في التحريمِ، ألا ترى أنَّ النَّبيَّ ﷺ لمَّا أمَّر أخا [بني] عدي على خيبرَ جاءه بتمر جَنيبٍ، فقال: «أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟» قال: لا، لكن بعت الصَّاعين بالصاعِ، فقال: «لا تَفْعَلْ، وَلَكِنْ بِـعْ تَمْرَكُمْ بِعَرَضٍ، وَاشتَرُوا بِهِ تَمراً»[1].

وهذا نفس الذريعة إلى بيع تمر بتمر متفاضلاً.

وكذلك من أراد أن يزني بامرأة، فعقد عليها عقد نكاح، جاز أن يطأها، وإن كان العقـد ذريعة إلى ذلك الفعل الَّذي كان ممنوعاً منـه، كذلك هاهنا.

---

(١) تقدم تخريجه.

قيل: أما حديث [أخي بني] عديٍّ فيحتمل أن يكون أمره بشراء[1] العرض مِن غير مَن ابتاع منه التمر الجيد، فيكون العرض في تلك الحال مقصوداً، وإنَّما يمنع لو ابتاع به عرضاً ممَّن[2] يبتاع منه التمر الجيد؛ لأنَّا نعلم أنَّ العرضَ غير مقصود في تلك الحال.

وأمَّا عقد النكاح فإنَّه مقصود في نفسه، وإن كان يُتوصَّل به إلى الوطء؛ لأنَّه يُقصَدُ به لحوق النسب، وثبوت التوارث، وغير ذلك من الأحكامِ، فلهذا صح؛ لأنَّه مقصود في نفسه.

فإن قيل: فالعقود لا يُعتبَر فيها القصد.

قيل: المكره لا تصحُّ عقوده لعدم القصد[3] لها، والوكيل يعتبر قصده بالشراءِ لموكله.

واحتجَّ المخالف بأنَّ المبيعَ بحاله وذاته، وإنَّما انضاف إليه غيره على وجه لا يتميَّز عنه، وهذا لا يوجب بطلان العقد، كما لو كان المبيع عبداً صغيراً، فكبر، وطال، وسمن؛ فإنَّ البيعَ لا يبطل، كذلك الثمرة.

والجواب: أنَّ القبضَ هناك لحقِّهما، وهاهنا لحقِّ الله تعالى، وقد فات مع الإمكان، فهو كالقبضِ في السلم والصرف.

والثَّاني: أنَّ ذلك ليس بذريعة إلى فعل المحظور، وهذا يحصل

---

(١) في «ت» و«م»: «بشرى».

(٢) في «ت» و«م»: «بتمر».

(٣) في «ت» و«م»: «العقد».

ذريعة إلى فعل المحظور، وهو بيعُ ما لم يبدُ صلاحه على الترك.

واحتجَّ بأنَّه لو باع ثمرة بعـد ما بدا صلاحها، فلم يقبضها حتَّى حدثت ثمرة أخرى مثل التين والباذنجان والبطيخ ونحوه، فلم يأخذه حتَّى حدثت ثمرة أخرى، ولم يتميَّز، فإنَّ العقدَ لا يبطل، كذلك إذا كانت ثمرة واحدة، فزادت عينها وذاتها.

والجواب: أنَّ الخلافَ فيهما واحد، والقول في الثمرة إذا اختلطت بثمرة أخرى وفي الثمرةِ الواحدة إذا زادت سواء، وفي العقدِ روايتان؛ أظهرهما: بطلان العقد، ولا فرق بينهما.

وقد قال أبو بكر في كتاب «الشافي»: أما بيع الباذنجان والورد والرطبة وما أشبهه، فلا يجوز البيع فيه إلا لقطة لقطة، والرطبة كل جزة، فإن بيع ما ظهر على قطعه جاز، ويفسد البيع إن تأخَّر حتَّى تطلع بقيَّته[1].

واحتجَّ بعضهم بأنَّه مبيع لو قبضه في الحالِ صحَّ، فإذا أخَّر قبضه لم يبطلْ.

دليله: غير الثمرة.

والجواب: أنَّه يبطل بالصرفِ، ورأس مال السلم؛ لو قبضه في حال صحَّ، ولو أخَّره لم يصحَّ.

ثمَّ المعنى في الأصلِ، وفيه إذا قبضـه في الحـالِ: أنَّـه قـد أمـن فيـه الغرر، وبالتَّأخيرِ الغـررُ حاصل، ولهذا المعنى تأثير في الفسادِ بدليل

---

(١) في «ت» و«م»: «معيبه».

بيـع الثمرة الَّتي لم يبـدُ صـلاحها على التـركِ أو مطلقـاً لـم يصحَّ لخـوف الغـرر، ولـو شـرط القطـع صحَّ، كذلك هاهنـا، وهـذا المعنى الَّذي نبَّـه الشَّرع عليه.

فإن قيل: المعنى هناك العقد أوجب الغرر، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الغررَ حدث بعده.

قيل: قد أجبنا عن هذا في السؤالِ عن القياس.

* * *

## ٣٠٣ ـ مَسْأَلَة

**إذا بدا الصلاحُ في نوعٍ من الثمارِ كـان صلاحاً لبقية ذلك النوع في قَراحٍ واحد في إحدى الرِّوايتين:**

نقلها حنبل فقال: إذا كان في بستان بعضه بالغ وغير بالغ، بيعَ إذا كان الأغلب عليه البلوغ.

وظاهر كلامه: أنَّه صلاح لبقيته إذا كان الغالب عليه الصلاح.

وفيه رواية أخرى: لا يكون ذلك صلاحاً لما لم يبدُ صلاحه من ذلك النوع، كما لا يكون صلاحاً لنوع آخر.

واختار أبو بكر ذلك في كتاب «الشافي».

وقال في رواية ابن منصور: لا يباع حتَّى تُؤمن عليه العاهة، فإن احمَرَّ بعضه، وبعضُهُ أخضرٌ، يباع الَّذي بلغ.

وكذلك نقل جعفر بن محمَّد، ومحمَّد بن أبي حرب.

ويجب أن يُحمَل هذا على أنَّه لا يكون صلاحاً لنخلة أخرى، أو شجرة أخرى، فأما في النخلةِ الواحدة والشجرةِ الواحدة، فيكون صلاحاً رواية واحدة؛ لأنَّه لا يمكن إفراد البيع لذلك من نخلة واحدة؛ لأنَّه لو أفرد البُسْرَ بالعقدِ اختلطت بغيرها في يوم واحد؛ لأنَّ البسرةَ تَصفَرُّ في يومها، وليس كذلك من نخلتين؛ لأنَّه لا يأمن الاختلاط؛ لأنَّ التمييزَ قد حصل بتعيين النخلة.

واختار أبو إسحاقَ في بعض تعاليقه أنَّ بدو الصلاح في نوع لا يكون صلاحاً لبقيته، وقال: قوله: «حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهُ» يقتضي الكلَّ بدلالة قوله: ﴿كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ﴾[الأعراف: ٢٩]؛ اقتضى ذلك الكلِّ، لا البعض.

وقال مالك: إذا بدا الصلاح في نوع من الثمارِ كان صلاحاً لبقيته من ذلك القَراح وما جاوره من الأقرحةِ في ذلك البلد، إذا كان الصلاح المعهود، لا المنكر في غير وقته.

فالدَّلالة على أنَّه لا يكون صلاحاً لثمرة قَراح آخر، ولا يجوز بيع غير القَراح الَّذي فيه النخلة الَّتي بدا صلاحها: [ما][1] رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع العنب حتَّى يسودَّ.

وظاهر هذا: أنَّه لا يجوز بيع ما لم يسودَّ من ذلك النوع في القراحِ

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

الواحـد، إلا أنَّ الـدلـيـلَ دلَّ على جـواز ذلـك، وبقـي مـا عـداه في الأقرحةِ على ظاهره.

ولأنَّه إذا بدا الصلاح في بسرة منها لا يخلو: [إمَّا] أن تُعتبَـر تلك البسرة بنفسها، أو تُعتبَر حتى يبدو[1] في جميعها.

فبطل أن يُقالَ: تعتبر بنفسها؛ لأنَّـه لو أفردها بالعقـدِ اختلطت بغيرها في يوم واحد؛ لأنَّ البسرةَ تصفرُّ في يومها.

وبطل أن يُقالَ: تعتبر في جميعها؛ لأنَّه لو اعتبر هذا أُكِلَت الثمرة قبل جواز بيعها.

ثبت أنَّ الاعتبار يلحق غيرها بها بقدر الحاجة إليـه، وليس غير الحائط الواحد.

واحتجَّ المخالف بأنَّ المعتبرَ في ذلك هو الأمن من الآفـةِ على الثمرة دون الحيازة، ألا ترى أنَّها لـو كانت حائطاً واحداً، جاز بيع باقيه؛ لأنَّ مجاورة الأقرحة لهذا القراح، كمجاورة سائر نخيل القراح لهذه النخلة، فيجب تساويهما.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّ العلَّةَ في القراحِ الواحـد الأمن، وإنَّمـا جعلنا بدو الصلاح في بسرة كبدو الصلاح في كلِّ النوع في الحائطِ الواحد لسوء المشاركة واختلاف الأيدي، وهذا معدوم في الحائطينِ، فوجب اعتبار كلِّ حائط بنفسه.

---

(١) في «ت» و«م» زيادة: «إما».

* فصل:

والدَّلالة على أنَّه يكون صلاحاً لبقية ذلك النوع في القراحِ الواحد، وهو: أنَّ الصلاحَ لو بدا في نخلة واحدة كان صلاحاً لبقية ثمرة تلك النخلة، كذلك في بقية نخيل ذلك القراح.

فإن قيل: إنَّما كان صلاحاً في النخلةِ الواحدة؛ لأنَّه لو أفرد البسرة بالعقدِ اختلطت، وامتنع التمييز، وهذا المعنى لا يوجد في نخلتين.

قيل له: إن لم يوجد الاختلاط في نخلتين؛ فإنَّه يوجد معنى آخر، وهو سوء المشاركة واختلاف الأيدي، وهذا معدوم في الحائطينِ، فكان يجب أن يكون صلاحاً في القراحِ الواحد لهذه العلَّة.

واحتجَّ من منع ذلك من أصحابنا بأنَّه لمَّا لم يكنْ صلاحاً لقراح آخر، كذلك هاهنا.

والجواب عنه: ما تقدَّم، وهو: أنَّه لا حاجةَ بنا إلى ذلك، وبنا حاجة في القراحِ الواحد من اختلاف الأيدي.

ولا يجوز قياس هذا على الأنواعِ المختلفة، وأن بدو الصلاح في بعضها لا يكون صلاحاً لنوع آخر؛ لأنَّ الأنواعَ يختلف إدراكها وطلوعها، فلا تختلط، والنوع الواحد يتلاحق إدراكه، فيختلط، فلهذا لم تُجعَلْ كالنوعِ الواحد.

* فصل:

فإن باع نخلاً من قَراحٍ قد أبّر بعضه، فهل يكون الكلُّ للبائع، كما

لو كان قد أبَّر جميعه؟

اختلف أصحابنا؛ فقال شيخنا أبو عبدالله: يكون جميعه للبائع، كما لو باع نخلاً من قراح قد بدا الصلاح في بعضه؛ أنَّه يكون صلاحاً لبقية ذلك النوع.

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبو بكر في كتاب «الخلاف»: يكون للبائع ما أبَّـر، وما لم يُؤبَّرْ فهو للمشتري.

وحكاه عن أحمد في رواية علي بن سعيد.

وهو اختيار أبي إسحاقَ ـ أيضاً ـ ذكره في «تعاليقه».

والوجه في أنَّه يكون جميعه للبائـع: حديث ابن عمر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أنْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلبَائِعِ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[1].

وإذا أبِّر بعضها انطلق هذا الاسم عليها، فيقال: هذه نخلة مؤبرة.

ولأنَّا لو جعلنا المؤبرة منها للبائع، وغيـر المؤبرة للمبتاع، أدَّى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي والخصومـة الَّتي لاتنقضي، فلهذا جعلناها كالمؤبرةِ كلها.

ولهذا قلنا: إن بدو الصلاح في بعض النوع صلاحاً لجميعـه من ذلك القراح على الصَّحيحِ من المذهب لهذا المعنى، كذلك هاهنا.

واحتجَّ أبو بكر بأنَّه باع ما أبَّـر، وما لم يؤبِّرْ، فوجب أن يكون ما لم

---

(١) تقدم تخريجه.

يؤبَّرْ للمشتري، كما لو باع نخلاً من حائطين.

ولأنَّها نخل لم تُؤبَّرْ، فلا تكون ثمرتها للبائع.

دليله: لو باعها بانفرادها.

والجواب: أنَّه لا يجوز اعتبار القَراحين بالقَراحِ الواحد، وما أُفرِدَ بما بِيعَ مع غيره، ألا ترى أنَّ بدو الصلاح فرَّقنا فيه بين القراح الواحد وبين القراحين، وبين أن يُفرِدَ ما بدا صلاحه بالبيعِ، وبين أن يبيعه مجتمعاً.

ولأنَّ القراحينَ لا تؤدِّي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، وهذا معدوم في القراحِ الواحد.

ومن نصر قول أبي بكر أجاب عن الخبرِ بأنَّه حجَّة [له]؛ لأنَّ ما لم يُؤبَّرْ لا يقع عليه اسم المؤبر.

وأجاب عن سوء المشاركة بأنَّه يبطل إذا كان في القراحِ جنسين؛ فإنَّ تأبير أحدهما لا يكون تأبيراً للآخر، وإن أفضى إلى سوء المشاركة.

وأجاب عن بدو الصلاح في بعضه؛ أنَّه صلاح لبقية النوع بأنَّه إنَّما يكون هذا في النخلةِ الواحدة؛ لأنَّه يفضي إلى اختلاط المبيع بغيره، فأمَّا في نخلة أخرى، فلا يكون صلاحاً، كمسألتنا سواء.

* * *

## ٣٠٤ - مَسْأَلَة

### يجوزُ بيعُ ما ظهرَ منَ المقاثي والمباطحِ دونَ ما بطنَ:

نصَّ على هذا في رواية حنبل وابن سعيد وأبي طالب.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وقال مالك: يجوز بيع ما ظهر منها، وما لم يظهرْ إذا بدا أوانها.

وكذلك إذا جاز بيع الأصول المغيَّبة في الأرضِ، كالجزرِ والفجل والبصل، وما أشبه ذلك.

دليلنا: ما روى أبو هريرة عنِ النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيعِ الغَررِ[1].

وهذا منه؛ لأنَّه يعقد على ما لم يُخلَقْ، وقد يُخلَق في ما بعدُ، وقد لا يُخلَق، وإذا خُلِقَ يختلف اختلافاً متبايناً؛ صغيراً وكبيراً، وصحيحاً وفاسداً، ووَحِشاً[2] وحسناً.

[و]لأنَّه بيع ثمرة لم تخلقْ، فلم يصحَّ، كما لو أفرد الثمرة المعدومة بالبيعِ.

وكلُّ ثمرة لم يجزْ إفرادها بالعقدِ لم تجزْ مع غيرها.

دليله: ثمرة النخل سنين.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ ثمرة النخلة لا تكاد تختلف، ولا يتناثر وردها وقدها صغيراً وكبيراً[3]، وهذا يختلف اختلافاً شديداً قدراً وقداً، فإذا لم يجزْ هذا في[4] النخل ففي القثَّاء أولى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أي: سيئاً.

(٣) كذا في «ت» و«م».

(٤) في «ت» و«م»: «في هذا».

ولأنَّ الجزرَ والفجل إذا لم يقلعْ فهـو بيع مجهول فلا يصحُّ، كما لو اشترى منه شيئاً لم يرهُ، ولم يصفه.

واحتجَّ المخالف بعموم قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البقرة: ٢٧٥].

والجواب: أنَّ هذا محمول على غير مسألتنا.

واحتجَّ بأنَّ الحاجةَ داعية إلى جواز هذا البيع؛ لأنَّـا لو لم نجـزه لاختلطت الثَّانيـة بالأولى، ولا تتميـز عنها، فلا يمكن بيـع هذه الثمرة بحال.

والجواب: أنَّـه ليس كذلك؛ لأنَّ الثمرةَ الثَّانيـة تكون متميزة عن الأولى فيمكن إفراد الأولى بالعقدِ.

واحتجَّ بأنَّه لو بدا الصلاح في بعض الثمار جاز بيـع الجميـع، ويكون ما لم يبدُ فيه الصلاح تابعاً لما بـدا فيـه الصلاح، كذلك هذا، وكذلك ما يحدث من الزِّيادةِ في الثمارِ وما يحصل فيها من الصفرةِ والحمرة يتبع ما يكون موجوداً حال العقد، كذلك هاهنا جاز أن تتبع الثمرةُ التي لم تُوجَدْ الثَّمرةَ الموجودة.

والجواب: أنَّه باطل بالشجرِ الَّذي يحمل في السنة حملين؛ فإنَّ الصلاح إذا بدا في الثمرة تبعها مالم يبدُ الصلاح فيه، ولا يتبع الحادث الموجود في جواز العقد على الجميع.

وأمَّا ما يحدث بالزيادة في الثمرة والحمرة والصفرة فليس بتابـع للموجود، وإنَّما يكون ذلك للمشتري؛ لأنَّه موجود في ملكه.

## ٣٠٥ ـ مَسْألة

## يجوزُ بيعُ الباقِلاَّ في قشرِهِ الأعلى، وكذلك بيعُ الحنطةِ في سُنبلها:

نصَّ على هذا في رواية أبي طالب فقال: لا يجوز بيع الباقِلاَّ، وهو ورد، ولكن إذا اشترى الباقِلاَّ منه، وأدرك، وكان الغالب فيه الباقِلاَّ، اشتراه، يكون قد أمن من العاهةِ.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية صالح وابن منصور: إذا باع زرعاً وقد استحصد، فالزَّكاة على البائعِ، وإن لم يكنْ استحصد، فسخته.

فقد أجاز بيعه إذا استحصد، ولم يجزه قبل ذلك على البقاءِ.

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك.

وقال الشَّافعي في ذلك: باطل.

دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن أنس: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن بيع الثمرةِ حتى تزهوَ، وعن العنبِ حتى يسودَّ، وعن بيعِ الحبِّ حتَّى يشتدَّ[١].

وروى في لفظ آخر عن ابنِ عمرَ: أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخلِ حتَّى يزهوَ، وعن السُّنبلِ حتَّى يبيضَّ، ويأمنَ العاهةَ[٢].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

فعلَّق جواز البيع في الخبرينِ بغاية، وهو أن يشتدَّ ويبيضَّ، وحكم ما بعد الغاية مخالف[1] لما قبلها.

ولأنَّ القشرَ الأوَّل يحفظ الباقِلاَّ من الفسادِ، ويحرس رطوبتـه، ولهذا إذا قُشر وتُرِك اسودَّ، فهو كقشر الرُّمَّان والموز.

ولأنَّه في مضمون خِلقة ما ليس بحيوان، وهو ممَّا يجوز بيعه، فجاز بيع ما هو فيه.

أصله: الجوز واللوز في قشر واحد.

ولأنَّه مأكول دونه حائل من أصل خلقته، فجاز بيعه.

دليله: الجوز، واللوز، والباقِلاَّ في قشرته السفلى.

فإن قيل: المقصودَ هناك مستور بما له فيه مصلحة؛ لأنَّ بقاءه عليه حافظ لمنفعته، وإذا أُزيلَ عنـه فسد، فلهذا جاز بيعه على تلك الصفة، والمقصود هاهنا مستور بما لا مصلحةَ له فيه، فلم يجز بيعه.

قيل له: فيبطل بالحملِ في البطن، واللبن في الضرعِ؛ يجوز بيعه مع أمِّه، وإن كان مستوراً بما لا مصلحةَ له فيه.

وعلى أنَّ القشرةَ العليا من الباقِلاَّ في بقائها مصلحة؛ لأنَّـه لا يجفُّ إلا في قشرته العليا، ومتى أخرج منه ـ وهو رطب ـ اسودَّ، ولحقه الفساد.

وكلُّ حب جاز بيعه إذا خرج من سنبله، جاز بيعه في سنبله.

---

(١) في «ت» و«م»: «مخالفة».

دليله: الشعير.

فإن قيل: الشعير المقصود منه بالعقدِ ظاهرٌ مرئي، وليس كذلك الحنطة؛ لأن المقصود منها غير مرئي.

قيل له: المقصود من الجوز واللوز غير مرئي، ومن الشعيرِ مرئي، ثمَّ هما سواء في جوازِ العقد عليهما.

وكلُّ حالة يجوز فيها بيع الشعير، جاز فيها بيع الطعام.

دليله: إذا خرج من سنبله.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع الغرر.

وفي هذا غرر؛ لأنَّه مُغيَّب، ومُحولٌ دونه.

والجواب: أنا قد بيَّنَّا: أنَّ بيع الغرر ما لا يقدر على تسليمه مثل بيع الطير في الهواء، وبيع السمك في الماءِ.

واحتجَّ بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع الطَّعام حتَّى يُفْرَكَ[1].

يعني: يفعل فيه[2] الفرك، وعندكم يجوز بيعه قبل الفرك.

والجواب: أنَّ لنا في هذا الخبر ما للمخالف؛ لأنَّ ظاهره يقتضي جواز بيعه بعد الفرك، ومخالفنا يقول: لا يجوز حتَّى يُميَّزَ بعد الفرك، [فـ]إذا تساوينا في الاستدلالِ بهذا الخبر لم يجزْ أن يعترض به على الخبرِ الَّذي ننفرد نحن بالاستدلالِ به.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في «م»: «منه».

على أنَّا نحمل قوله: «حتَّى يُفرَك»؛ يعني: يبلغ أوان الفرك.

واحتجَّ بأنَّ المقصودَ بالبيعِ مستورٌ يُزالُ منه في حال الادِّخار، فوجب أن لا يجوز بيعه.

دليله: تراب الصاغة وتراب المعدن بالفضة.

والجواب: أنَّ الترابَ الَّذي فيه الفضة يجوز بيعه بغير فضة، كما يجوز بيع الحنطة في سنبلها بغير الحنطة، ولا يجوز بيعه بالفضةِ، كما لا يجوز بيع الحنطة الَّتي في السنبل بالحنطةِ.

وقد نص أحمد على جواز بيع تراب الصاغة بغير جنسه.

على أنَّا قد بيَّنَّا: أنَّ القشرةَ العليا لا تزال عنه حال الادِّخار؛ لأنَّها تُنشِّفُ رطوبته، وفي بقائها مصلحة له.

واحتجَّ المخالف بأنَّ حكم الجهالة يسقط في العقودِ في ما تدعو الحاجة إليه، كالإجاراتِ على ما لم يخلقْ، والجوز واللوز في قشره، ولا حاجةَ بنا إلى قشرة الباقِلاَّ العليا.

والجواب: أنَّا بحاجة إليه من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّه لا يُعلَمُ صغار هو، أم كبار.

والجواب: أنَّ هذا غير مقصود في العادةِ، ولهذا لم يقشرْ حال الشراء؛ ليعلم كباره من صغاره.

فإن قيل: أليس لو قال: (بعتك الحنطة الَّتي في هذا التبن) لم يصحَّ لجهالته؟ كذلك إذا باع ذلك في سنبله.

وقد نصَّ أحمد على هذا في رواية ابن منصور: إذا باع حنطة هذا البيدر، أو تبن هذا البيدر قبل أن يُداسَ وينقى، فهو مكروه.

قيل له: قياس المذهب صحَّة البيع؛ لأنَّـه قد نصَّ على جواز بيع تراب الصاغة.

ولو سُلِّمَ فإنَّما لم يجزْ ذلك؛ لأنَّه مستور بما لا مصلحةَ لـه فيـه، وليس كذلك إذا كان في سنبله؛ لأنَّ لـه فيـه مصلحة من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

* * *

## ٣٠٦ ـ مَسْأَلَة

**لا يجوزُ أن يبيعَ ثمرةَ بُستانٍ ويستثنيَ منهُ أمداداً معلومة، ولا أن يبيعَ صُبرةً ويستثني منها أَقْفِزَةً:**

ذكره الخرقي.

وقد نصَّ عليه أحمد في رواية أبي بكر بن محمَّد، عن أبيه، عنه: وذُكِرَ لـه بيعُ الطَّعام جُزافاً، فقال: إذا أراد أن يستثني قال: أبيعك نصفه، أبيعك ثلثه؛ من الطَّعام، والحائط[١] يقول: أبيعك نصف هذا الحائط، أو ثلثه، أو ربعه، أو يقول: لا أبيعك هذه النخلة، ولا هذه.

وكذلك نقل أبو طالب عنه: وذُكِرَ لـه قول مالك في الاستثناءِ،

---

(١) أي: وإذا أراد أن يستثني من الحائط.

فقال: يستثني كذا وكذا نخلة، ويريها المشتري، ويكون معلوماً.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وقال مالك: يجوز.

ونقل عبدالله عنه: أنَّـه قال في رجل يبيع ثمرة أرضه، ويستثني كُرّاً[1]، أو كُرَّين: لا يكون به بأسٌ[2].

وظاهر هذا: أنَّه أجاز ذلك، كما قال مالك.

ونقل عنه في موضع في رجل باع حائطاً: لا يستثني ثلثاً، أو ربعاً، أو كُراً، أو كُرَّين؛ لأنَّه ليس بمعلوم، ويستثني نخلات معلومات.

وظاهر هذا: أنَّـه منع استثناء الثُّلث والرُّبع، كما لا يجوز استثناء كُرٍّ، ولا كُرَّين.

نقل ذلك أبو حفص البرمكي في مجموع له، والصَّحيح ما حكينا في المذهب.

دليلنا: ما روى أبـو بكر بإسناده عن جابـر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيع الثُّنْيَا إلا أنْ تُعلَمَ.

والمراد بالثُّنيا: بيع شيء، ويستثني بعضه، فهو عام.

فإن قيل: فقد قال: «إلا أنْ تُعلَمَ»، وهذا معلوم.

---

(١) وهو مِكْيالٌ لِلعراقِ.

(٢) في «ت» و«م»: «بأساً».

قيل: قولـه: «إلا أنْ تُعلَمَ» يرجـع إلى الاستثناء، والمستثنى منه هاهنا مجهول.

ولأنَّ البيـعَ إنَّما يصحُّ إذا كان معلوم القـدر، وإنَّما يصيـر معلوماً بالمشاهدةِ بأنْ يقول: بعتك هذه الصبرة، أو ثمرة هذا النخل، ويشير إليه.

أو يكون المبيع جُزءاً[1] معلوماً بأنْ يقول: بعتك ثُلثَ هذه الصبرة، أو نصفها.

وهذا المبيع غير معلوم بالمشاهدة؛ لأنَّـه إذا استثنى من الصبـرةِ عشرة أمداد، فالباقي غير معلوم بالمشاهدةِ، ولا هـو جزء معلوم، فلم يصحَّ، كما لو قال: بعتك ثوباً من هذه الثياب، أو عبداً من هؤلاء العبيد.

ولا يلزم عليه إذا قال: بعتك هذه الصبـرة إلا ثلثها؛ لأنَّ المبيع هناك جزء معلوم، فهو بمنزلة أن يقول: بعتك ثلاثة أرباع هذه الصبرة.

ولا يلزم عليه إذا قال: بعتك ثمرة هذا النخل إلا هـذه النخلة؛ لأن المبيع هناك معلوم بالمشاهدةِ، وهو ما عدا النخلة المستثناة.

واحتج المخالف بأنَّ ذلك إجماع أهل المدينة عملاً متواتراً بينهم.

والجواب: أنَّ إجماع أهل المدينة ليس بحجَّة عندنا.

واحتجَّ بما رُويَ عن ابنِ عمـرَ: أنَّه باع من رجل ثمرة، فقال: أبيعكها بأربعةِ آلاف وطعامِ الفتيان.

---

(١) في «ت» و«م»: «مُحرراً».

ويروى عنه: أنَّه كان يستثني على بيعه إذا باع التمر في رؤوس النخل بالمذهبِ[1] أنَّ لي منه كذا بحساب كذا.

والجواب: أن قوله: (وطعام الفتيان) ظاهره يقتضي: أنَّه لم يذكرْ مقداراً معلوماً، وأجمعنا على بطلان ذلك، فهم يضمرون فيه: أنَّه استثنى أرطالاً معلومةً[2]، ونحن نضمر فيه: أنَّه استثنى ثلثاً، أو ربعاً.

وكذلك نحمل قوله: ولي بحساب ذلك.

واحتجَّ بأنَّه استثنى قدراً معلوماً، فجاز كاستثناء الجزء والنخلة.

والجواب عنه: ما تقدَّم، وهو: أنَّ ذلك معلوم بالمشاهدةِ، أو بالمقدارِ، وهذا بخلافه.

فإن قيل: فقد روى حنبل عنه: أنَّه إذا باع جارية، واستثنى حملها، وجب له؛ لأنَّ البيعَ وقع على الأمِّ، وهو خارج من الشراءِ، كأنَّه باع نخلة، واستثنى منها عشرين رطلاً، فله ثُنيَاه.

فقد أجاز استثناء أرطال من ثمرة نخلة، والنخلة الواحدة كالصُّبرة.

قيل له: يحتمل أن يكون قال هذا على الرِّوايـةِ الَّتي أجاز استثناء الحمل، وتلك رواية ضعيفة.

ويحتمل أن يكون أجاز ذلك؛ لأنَّ الجهالةَ يسيرة في النخلةِ الواحدة، ولهذا أجزنا بيع التمر الحديث بالعتيق؛ لأنَّه نقصان يسير، وكذلك بيع

---

(١) كذا في «ت» و«م»، ولعل فيه سقطاً.

(٢) في «ت» و«م»: «معلوماً».

العرايا جائز فيما دون خمسة أوسق؛ لأنَّه يسير.

* * *

## ٣٠٧ ـ مَسْأَلَة

**فإن باع شاةً واستثنى الرأسَ والسَّواقِطَ من الجلدِ والأطرافِ جازَ:**

نصَّ عليه في رواية مهنا وحرب وحنبل، فقال: إذا استثنى الرأس والجلد جاز، وله قيمة الجلد والرأس إن لم يذبح. قيل له: فإن استثنى الشحم؟ فقال: لا أدري! وكأنَّه كرهه.

وقال أبو حنيفة ومالك والشَّافعي: لا يصحُّ هذا الاستثناء.

دليلنا: ما تقدَّم من حديث جابر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن الثُّنيا إلا أن تُعلَم.

وهذا معلوم.

ولأنَّه إجماع الصَّحابة.

روى أبو حفص العُكبريُّ بإسناده عن عروة قال: أقبل رسول الله ﷺ من مكَّة إلى المدينةِ، ومعه أبو بكر، وعامر بن فُهَيرةَ، فسلكوا طريق ركونة[1]، فمروا براعي غنمٍ، فذهب أبو بكر وعامر، فاشتريا شاة،

---

(١) كذا في «ت» و«م»، ولم أقف على قوله: «فسلكوا طريق ركونة».

وشرطا له سلبها[1].

وروى أبو بكر بإسناده عن الشعبي قال: قضى زيدُ بن ثابت وأصحابُ رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل، واشترط رأسها، فقضوا بالشروى[2]؛ يعني: أنَّه يعطيه رأساً مثل رأس.

وروى عبدالله قال: حدَّثني أبي قال: نا عبد الرحمن بن مهدي، عن سُفيانَ، عن بشير، عن عمرو بن راشد الأشجعي: أنَّ رجلاً باع بُخْتِيَّةً[3]، واشترط ثناياها، فرغب فيها، فاختصما إلى عمر، فقال: اذهبا إلى علي، فقال علي: اذهبا إلى السوقِ، فإذا بلغت أقصى ثمنها، فأعطوه حساب ثناياها من ثمنها[4].

وهذا إجماع منهم منتشر ظاهر.

ولأن الاستثناء والمستثنى منه معلومان، فصحَّ البيع، كما لو قال: بعتك هذه الغنم العشرة إلا هذه الشاة.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن الثُّنْيَا[5].

والجواب: أنا قد روينا فيه زيادة، وهو قوله: إلا أن تُعلَمَ، وهذا معلوم.

---

(١) انظر «المحلى» لابن حزم (٨/ ٤٠١).

(٢) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤٨٥١).

(٣) وهي ضَرْب من الإبل عِظام الأَسْنِمَة، والله أعلم.

(٤) رواه عبد الرزاق في «المصنف» (١٤٨٥٠).

(٥) تقدم.

واحتجَّ بأنَّه باع حيواناً، واستثنى جزءاً منه، فلم يصحَّ، كما لو استثنى أرطالاً، واستثنى شحمها.

والجواب: أنَّ الشحم مجهول فلم يصحَّ، واستثناء[1] جـزء منها يؤدِّي إلى جهالة المستثنى منـه، وهو ما يبقى، فهو كاستثناء صاع معلوم من الثمنِ؛ فإنَّه لا يصحُّ لهذه العلَّة.

وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّـه لا يوجب جهالة الباقي؛ لأنَّه معلوم بالمشاهدةِ، فهو كما لو باع ثمرة هذه النخيل إلا ثمرة هذه النخلة.

على أنَّ مهنا قد نقل عنه: أنَّـه إذا قال: أبيعك هذه الشاة بعشرين درهماً على أنَّ لي رأسها، فلا بأسَ. قيل له: وكذلك إذا قال: أبيعك هذه الشاة على أنَّ لي من لحمها خمسة أرطال؟ قال: نعم، لا بأسَ به.

وظاهر هذا جواز ذلك، والصَّحيح عندي المنع.

واحتجَّ بأنَّه لمَّا لم يجزْ إفراد السواقط بالعقدِ لم يصحَّ استثناؤها.

والجواب: أنَّه لا يصحُّ اعتبار الشراء بالاستثناء؛ لأنَّه لو ابتاع أرطالاً من ثمرة بستان صحَّ الشراء، ولو استثنى أرطالاً منها لم يصحَّ.

ولأنَّه لو باع داراً واستثنى أساساتها أو استثنى مطاميـر[2] فيها صحَّ، ولو ابتاع ذلك لم يصحَّ البيع، كذلك هاهنا.

واحتجَّ بأنَّـه استثناء ما لا يجب تسليمه؛ لأنَّـه لو امتنع المشتري من

---

(١) في «ت» و«م»: «واستثنى».

(٢) في «ت» و«م»: «مطاميراً».

الذَّبحِ لم يُجبَرْ عليه، فلم يصحَّ الاستثناء.

والجواب: أنَّا نقول بأنَّ الاستثناء يضمن أحد شيئين؛ السواقط، أو قيمتها، كما قلنا في من تزوَّج ثيباً على قديمة كان حقُّها في أحد شيئين؛ الثلث بلا قضاء، أو السبع مع القضاء.

* * *

## ٣٠٨ ـ مَسْأَلَةٌ

### تُوضَعُ الجائحةُ عن المشتري في ما قلَّ وكثر في أصحِّ الرِّوايتين:

نقلها الأثرم وأبو طالب.

وروى حنبل عنه: تُوضَع إذا أتت على ثُلثِ الثمرة فأكثر.

وهو قول مالك.

وقال أبو إسحاق في «تعاليقه»: الجوائح بأربعة: النار، والريح، والبرد، والمطر.

وقال أبو حنيفة: لا يوضع منها شيء.

وهو الأظهر من قول الشَّافعي.

دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن جابر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بيعِ السِّنينَ، ووضعَ الجوائحَ[1].

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٣٠٩)، وأبو داود (٣٣٧٤).

فإن قيل: قال سفيان بن عُيَيْنَةَ: كان حميد يذكر كلاماً بين السنين وبين وضع الجوائح لم أحفظه عنه.

وهـذا يُسقِـطُ الاحتجاج بـه؛ لأنَّـه ربَّما كان ذلك الكلام يُغيِّـر الأحكام.

قيل له: هذه الزِّيادة لم يروها أحمد، فلا يلزمنا الكلام عليها.

فإن قيل: يحتمل أن يكون أمـر العمال بوضع الجوائح عن مالك الثمار حتَّى لا يأخذوا عُشرَها.

قيل له: قد رُوِيَ في لفظ آخر مُفسَّراً: «إِذَا بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ [ثَمَراً]، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فلا تَأْخُذْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ؟!»[1].

وهذا صريح في أنَّ الوضعَ راجع إلى الثمرِ دون العُشرِ.

وروى أحمد: ثنـا روح، ثنا ابن جُريجٍ، أخبرني أبـو الزُّبير، عن جابر بن عبدالله قال[2]: قال رسول الله ﷺ: «إنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَراً، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلا يَحِلُّ لكَ أنْ تأخُذَ مِنهُ شَيئاً».

وقوله: «إنْ بعتَ» خطاب للبائع، وقد نهاه عن الأخذِ، فعُلِمَ بهذا أنَّ ما أبهمه في موضع آخر المراد به المشتري.

والثاني: أنَّه خصَّ ذلك بالجائحةِ من السَّماءِ، ولو كان المراد به البائع، لم يخص ذلك؛ لأنَّـه لا فرقَ بين الجائحة من السَّماءِ وغيرها في

---

(١) رواه مسلم (١٥٥٤) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

(٢) في «ت» و«م»: «يقول».

أنَّها لا تلزم البائـع، بل توضع عنـه، وإنَّما يفترق الحال في حقِّ المشتري على قولنا.

والثالث: أنَّ البائعَ هـو الَّذي وضع [عن] المشتري؛ لأنَّ التلفَ يكون من مال المشتري عند المخالف، والبائع لم يتلفْ منه شيء، فعُلِمَ أن قوله: (ووضع الجوائح) عمن أصابته الجائحة، والإصابةُ حصلت بالمشتري.

فإن قيل: نحمل هذا على أنَّ البيعَ على ثمار لم يبـدُ صلاحها، ولم تُخلَقْ، كعادتهم، وأنَّهم كانوا يبيعون ثمرة سنين؛ فإنَّ الهلاك يكون من مال البائع.

أو نحمله على أنَّها ثمرة موجودة قد بدا صلاحها، لكنَّها تلفت قبل التسليم إلى المشتري.

قيل له: لا يصحُّ حمله على ثمرة لم تُخلَقْ، أو خُلِقَت ولم يبدُ صلاحها؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ اعتبر الجائحـة في ذلك، وأمر بوضعها، ولو كان المراد بـه ما قالوه لم يكنْ لذكر الجائحة فائدة؛ لأنَّ المبيعَ يكون من مال البائع؛ لأنَّه يقع باطلاً سواء أصابته جائحة، أو لم تصبه.

ولأنَّه اعتبر في ذلك أن تكون جائحة من السماء، ولو كان المراد به ما قالوه لم يفترق الحال بين ما كان من السَّماءِ، أو من جهة آدمي.

وقولهم: (نحمله على أنَّ الهلاكَ حصل قبل القبض) لا يصحُّ أيضاً؛ لأنَّه لو كان كذلك لم يكنْ لتخصيصه بالثمرةِ فائدة؛ لأنَّ كلَّ مبيع إذا

تلف قبل قبضه عندهم يتلف من مال البائع.

ولأنَّه لو كان كذلك لم يخصَّهُ بما كان من جهة السماء؛ لأنَّه يتلف قبل القبض من مال البائع سواء كان من جهة الله تعالى، أو من جهة آدمي.

ووجه آخر، وهو: أنَّ الثمارَ على رؤوس النخل تجري مجرى الإجارة؛ لأنَّ الثمارَ تُوجَدُ حالاً فحالاً، كالمنافعِ تُستوفَى أولاً فأولاً، ثمَّ المنافع إذا تلفت قبل مضي المدَّة كانت من ضمان المُكرِي، كذلك الثمار يجب أن تكون من ضمان البائع.

فإن قيل: إنَّما كانت المنافع من ضمان المُكري؛ لأنَّها غير مقبوضة قبل مضيِّ المدة، وليس كذلك الثمرة؛ لأنَّها مقبوضة.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّه لا فرقَ في المنافعِ بين أن يكون الإتلاف من جهة آدمي، أو من جهة الله ـ تعالى ـ في باب الضمان، وفي الثمرةِ يفترق الحال.

قيل له: لا فرقَ بين المنافع وبين الثمار في أنَّ كلَّ واحد منهما في حكم المقبوض من وجه، وهو جواز التصرُّف في كلِّ واحد منهما، والعقد عليه، فيجب أن يكون في حكم ما لم يقبضْ من وجه آخر، وهو: أنَّه يكون من ضمان البائع، كما كانت المنافع من ضمان المؤجِّر، لمشاركتهما في أنَّ كلَّ واحد منهما يُستوفَى أولاً أولاً.

وقولهم: إنَّه لا فرق في الإجارةِ بين أن يتلف من جهة آدمي، أو

من جهة الله تعالى، فلا يمتنع أن يتساويا.

فنقول: إن تلفت يد العبد بأكله رجع بالأجرةِ على المؤجِّرِ، وإن أتلفها أجنبي رجع عليه بقيمة المنفعة.

ونبني المسألة على أصل، وأن مجرَّد التخلية في بيع الثمار لا يكون قبضاً.

والدَّلالة عليه: اتفاقنا على أنَّها لو تلفت بعطش كانت من ضمان البائع، فلو كانت مقبوضة بنفس التخلية، لم يكنْ ضمانها من البائعِ بوجه، كالعبد والثوب.

فإن قيل: قد يتصور القبض من غير تمام.

ألا ترى أن من ابتاع صُبرةً على أنها كُرٌّ، وصدقه المشتري على ذلك، وقبضها، كان القول قوله في قدر ما خرجت حتى يكيلها البائع عليه، فيتمَّ القبض.

قيل له: ما اتَّفقا على قدره، فالقبض فيه تام، وما اختلفا فيه فالقول فيه قول المشتري، وإذا كان كذلك لم نُسلِّم أنَّ القبض هناك غير تام.

وأيضاً لمَّا لم يكن للبائع مطالبة المبتاع بقطعها، عُلِمَ أنَّها غير مقبوضة، ولم ينفع وجود التخلية، كمن ابتاع طعاماً من رجل، وكاله ليلاً، وخلَّى بينه وبينه، لم يلزمْه نقله حتَّى يصبح، ولم تكن تلك التخلية قبضاً له.

فإن قيل: كيف يصحُّ هذا على أصلكم؟ وعندكم أنَّ المبيع إذا تعيَّن

بالعقدِ فهو في حكم المقبوض.

قيل له: إنَّما نقول هذا في مبيع يقبض في وقت واحد، وفي مبيع يملك البائع مطالبة المشتري بنقله، وهذا معدوم هاهنا.

وأجود من هذه العبارة أن نقول: في مبيعٍ لم ينقطعْ عِلَق البائع منه، وهو التعاهد بالسقي، فكان من ضمانه.

دليله: لو ابتاع قفيزاً من صبرة، وتلفت الصُّبرة قبل قبضها، والعلَّة هناك تميزه من ملكه.

ولأنَّها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخلِ تلفت بآفة سماوية، فوجب أن تكون من البائعِ.

أصله: إذا تلفت قبل القبض.

فإن قيل: إذا تلفت قبل القبض فهي من ضمان البائع؛ سواء تلفت بآفة سماوية، أو أرضية.

قيل له: لا نسلِّم هذا.

ولأنَّه مبيع لا يمكن قبضه عقيب العقد، فإذا تلف[1] بغير فعل آدمي لم يسقطْ حق المشتري، كما لو ابتاع طعاماً كثيراً.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن بيع الثمارِ حتَّى تُزهِيَ. قيل: وما تزهي؟ قال: حتَّى تَحْمَرَّ. قال: «أَرَأَيْتَ إنْ مَنعَ اللهُ

---

(١) في «ت» و«م»: «تلفت».

الثَّمرَةَ، بِمَ يَأخُذُ أحدُكُمْ مَالَ أخِيهِ؟!»[1].

فمنع من البيعِ، وعلل بأنَّ الثمرةَ ربَّما تلفت، فيأخذ البائع مال المشتري بغير حق، فلو كان الضمان على البائعِ لما كان يأخذ مال أخيه.

والجواب: أنَّ قوله: «بِمَ يأخُذُ»؛ معناه: بم يعتقد أنَّه يجوز له الأخذ، أو بم يستحلُّ جواز الأخذ.

فخرج هذا مخرج الإنكار على البائعِ في أخذه الثمن، كما قال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[النساء: ٢١]؛ معناه: كيف يجوز لكم أخذه وقد أفضى؟!

واحتجَّ بما روى أحمد بإسناده عن أبي سعيد قال: أُصيبَ رجل في عهد النَّبيِّ ﷺ في ثمارٍ ابتاعها، فكثُرَ دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تَصَدَّقُوا عَلَيهِ». قال: فتصدق النَّاس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيسَ لَكُمْ إلا ذَلِكَ»[2].

الدلالة من الخبر: أنه قال: (أُصيبَ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه)، فلو كانت من ضمان البائع لم يكثر دينه؛ لأنَّه كان يأخذ منه الثمن، فعُلِمَ أنَّه كثر دينه؛ لأنَّ الثمر[3] تلف من ضمانه.

والجواب: أنَّه يحتمل أن يكون أصيب فيها بأمر من جهة آدمي،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٣٦). ورواه مسلم (١٥٥٦).

(٣) في «ت» و«م»: «الثمن».

أو أصيب فيها بعـد أن بلغت أوانَ نقلها حتَّى تلفت؛ فإنَّها تكون من ضمانه.

واحتجَّ بما روى أحمد بإسناده عن عائشةَ قالـت: جاءت امـرأة إلى النَّبيِّ ﷺ فقالت: بأبي وأمي! ابتعت أنا وابني من فلان ثمرَ أرضه، فأتيناه نَستَوْضِـعُهُ[1]؛ والله ما أصبنا من ثمـره شيئاً، إلا شيئاً أكلناه في بطوننا، أو نطعمه مسكيناً رجاءَ البركة، فحلف: أن لا يفعلَ، فقال رسول الله ﷺ: «تَأَلَّى أَنْ لا يَفْعَلَ خَيْرًا! تَأَلَّى أَنْ لا يَفْعَلَ خَيْرًا! تَأَلَّى أَنْ لا يَفْعَلَ خَيْرًا»، فبلغ ذلك الرَّجل، فأتى النَّبيَّ ﷺ، فقال: يا رسول الله! إن شئتَ الثمرَ[2] كله، وإن شئتَ ما وضعوا، فوضع عنهم ما وضعوا[3].

قالوا: فوجه الدَّلالة: أنَّـه لم يقلْ لها: إن ذلك يلزم البائـع، بل قال: حلف أن لا يفعل خيراً، فجعل الوضع من فعل الخير.

والجواب: أنَّه يحتمل أن يكون القوم استوضعوه لجميع ما تلف وما أكلوه وتصدَّقوا بـه، فأبى ذلك، فقال النَّبيُّ ﷺ: «تَأَلَّى أَنْ لا يَفْعَلَ خَيْرًا!» في أن يضـعَ الجميـع، ولا يلزمه جميع ذلك، وإنَّما يلزم بقدر ما تلف.

وقـد قال أحمـد في روايـة أبي طالـب: فإن أصيب بعضه، يضع

---

(١) في «ت» و«م»: «بما استوضعه».

(٢) في «ت» و«م»: «الثمن».

(٣) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٦/ ١٠٥).

عنـه بقـدر ذلك.

ويحتمل أن تكون الإصابـة بفعل آدمي، أو بعـد أن بلغت أوان نقلها، فأحبَّ له النَّبيُّ ﷺ ردَّ الثمن؛ لأنَّه أكمل الأخلاق وأشرفها.

واحتجَّ بما روى أبو الزُّبير عن جابر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَن اشْتَرَى ثَمَرَةً، فَأَصَابَتْهَا جَائِحَةٌ، فَهُوَ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي، وَلا يَرجِعُ على البَائـعِ بِشَيءٍ».

والجواب: أنَّ هذا الخبر لا يُعرَفُ، ولا يمكن أن يُقامَ له إسناد.

ولو صحَّ حملناه على أنَّها أدركـت، وجاء أوان جذاذها ونقلِها، فلم ينقلها حتَّى ذهبت، فتكون من ضمان المشتري؛ لأنَّه إذا ترك النقل في وقته مع القدرة عليه فهو المفرِّط.

ويحتمل أن يحمل على أنَّ الجائحةَ من جهة آدمي.

واحتجَّ بأنَّه مبيع لو أتلفه آدمي كان من ضمان المشتري، فإذا تلف بجائحة سماوية وجب أن يكون من ضمانـه، كما لو كان المبيع ثوباً، أو عبداً، فتلف بعد القبض.

والجواب: أنَّه إذا تلف بفعل آدمي رجع بالضمانِ على المُتلِفِ، فلا ضررَ على المشتري في ذلك، وإذا تلف بفعل الله ـ تعالى ـ لم يرجعْ على أحد بشيء، فعليه فيه ضرر، فجاز أن يرجع على البائعِ لعدم كمال القبض.

ولهذا قلنا: إنَّ الغاصبَ إذا غُصِبت منه العين، وتعذَّر الرجوع على

الغاصبِ الأوَّل، رجع على الثَّاني، ولو لم يكنْ غاصب آخر سقطت مطالبته.

وكذلك إذا كان بالحقِّ ضامن، وتعذَّر المضمون عنه، رجع على الضامنِ.

وكذلكِ العبد الجاني لو أتلفه مُتلِفٌ، رجع المجني عليه [عليه]، ولو مات سقط حقه.

وجوابٍ آخر، وهو: أنَّه لا يمتنع أن لا يسقط حق المشتري بفعل الله، ويسقط بفعل الآدميِّ، كالموتِ؛ لا يسقط الإرثَ، والقتلُ يسقطه، وكذلك الخمر إذا تخلَّلت بفعل الله تعالى.

وأمَّا الثوب والعبد فالمعنى فيه: أن كمال القبض قد وُجِدَ فيهما، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ القبضَ التامَّ لم يوجدْ بدليل: أنَّها لو عطشت كانت من ضمان البائع، فبان الفرق بينهما.

واحتجَّ بأنَّ المشتري ملك التصرُّفَ فيه، فكان من ضمانه.

دليله: ما ذكرنا.

والجواب: أنَّ أبا بكر عبد العزيز قال في «تعاليق أبي إسحاق»: إذا اشترى الرَّجل الثمرة وقد بدا صلاحها، وقبضها المشتري، ليس له أن يبيعها.

قال: وهو قول زيد بن ثابت.

قال: وهو قول أحمد: إنَّه لا يبيعها المشتري حتى يصرمها.

وهذا صريح من أبي بكر بالمنعِ من التصرُّف فيها بالبيعِ.

وجهه: أنَّه مبيع لو تلف قبل قبضه كان من ضمان البائع، فلم يجز له التصرُّف فيه.

دليله: لو ابتاع قفيزاً من صُبرةٍ.

وعلى أنَّ ثبوت التصرُّف لا ينفي الضمان على البائعِ بدليل أنَّ المستأجرَ ملك التصرُّف في المنافعِ، ومع هذا فلا ننفي الضمان عن المؤجِّرِ.

وكذلك المبتاعُ ملك التصرُّف في العبدِ المشترَى قبل القبض بالعتق، ومع هذا فلو تلف كان من ضمان البائع عندهم.

وكذلك إذا ابتاع عبداً قد وجب[1] عليه القصاصُ، فقتل في يد المشتري؛ فإنَّه من ضمان البائع، وإن كان قد ملك التصرُّف.

ثمَّ المعنى في الأصلِ: ما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّه لو كانت من ضمان البائع، لوجب أن تكون الثمرة بعد خرصها في يد المالك من ضمانِ الفقراءِ، حتى إذا تلفت بآفة سماوية تسقط عنه الزَّكاة.

والجواب: أنَّا هكذا نقول، وأنَّ الزَّكاةَ تسقط.

نصَّ عليه في رواية حنبل، فقال: إذا خرص، وترك في رؤوس النخل، فعليهم حفظه، فإن أصابته آفة جائحة، فذهبت الثمرة، سقط عنه

---

(١) في «ت» و«م»: «أوجب».

الخرص، ولم يُؤخَذ به.

واحتجَّ بأنَّه لو كانت الثمرة من ضمان البائع، لوجب أن يكون الزرع من ضمان البائع أيضاً، وهو إذا ابتاع حنطة في سنبلها بعد إصلاحها، أو باقِلاً في قشرته العليا، فتلف قبل قبضه.

والجواب: أنا لا نعرف الرِّواية في ذلك، ويحتمل أن يُقال: إنَّه من ضمان البائع، كالثمار؛ لأنَّ أحمد أسقط عن أرباب الزرع الزَّكاة في مقدار ما يأكلون، كما أسقطه في الثمارِ، ذكره في رواية المَروذِيِّ، وجعل الحكم فيها سواء.

ويحتمل أن يُفرَّق بينهما، ويكون الزرع من ضمان المشتري، والثمرة من ضمان البائع، وهو أشبه؛ لأنَّ الزرعَ والباقِلاَّ لا يجوز بيعه من غير شرط القطع إلا بعد تكامل صلاحه وأوان جذاذه، فإذا تركه بعد ذلك فرَّط، فضمنه، وليس كذلك الثمار؛ لأنَّه يجوز بيعها بعد بدوِّ الصلاح، وقبل تكامل ذلك على التركِ، فهو غير مفرط.

فإن قيل: فما تقولون فيه إذا أدركتها الجائحة بعد أوان جذاذها ونقلِها، إلا أنَّه لم ينقلها.

قيل له: ظاهر كلام أحمد: أنَّها تُوضَعُ عنه أيضاً؛ لأنَّه أطلق القول بالوضعِ، ولم يفرِّق؛ لأنَّ الجائحة حصلت قبل القبض، فأشبه إذا وقعت قبل أوان الجذاذ.

ويحتمل أن لا توضعَ عنه؛ لأنَّه إذا ترك النقل في وقته مع القدرة

عليه، فهو مفرِّط فيه، فلهذا كان عليه الضمان.

* **فصل:**

والدَّلالة على أنَّها تُوضَعُ فيما دون الثلث خلافاً لمالك ورواية حنبل: ما تقدَّم من الأخبارِ، وأنَّ النَّبيَّ ﷺ أمر بوضعها، ولم يعتبر في ذلك مقداراً.

فإن قيل: روى ابن وهب قال: أخبرني زيد بن عياض، عن رجل حدَّثه، عن عبدالله بن عبد الرحمن بن معنٍ الأنصاري: أنَّه بلغه أن رسول الله ﷺ قال: «إذَا ابْتَاعَ المَرْءُ الثَّمرَةَ، فَأَصَابَتْهُ عَاهَةٌ تَذْهَبُ بِثُلُثِ الثَّمرَةِ، فَقَدَ وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ الوَضِيعَةُ فِي المَالِ».

فخصَّ ذلك بالثلثِ، وهذا مقيد، فهو يقضي[1] على تلك الأخبار المطلقة.

قيل له: هذا الخبر غير معروف، ولا يقوم به سند.

وعلى أن نطقه: أنَّ الجائحة إذا ذهبت بالثلثِ، وجب على صاحبه، ونحن نقول بذلك.

ودليله: أنَّ ما دون الثلث لا يجب على صاحبه.

ولفظ خبرنا عامٌّ، وفيه تعليل يدلُّ على القليلِ، وهو قوله: «بِمَ يَأْخُذُ مَالَ أَخِيهِ؟!»[2].

---

(١) في «ت» و«م»: «يقتضي».

(٢) تقدم تخريجه.

فإن قيل: فعلماء أهل المدينة أجمعوا على تقدير ذلك بالثلثِ، فلولا أنَّ الخبر وارد بالثلث لم يقدروه بذلك؛ لأنهم أعرف به من غيرهم.

فروى عبد الرحمن بن القاسم وربيعة وأبي الزِّناد، عن القاسمِ بن محمَّد قال: إذا أصيب المبتاع بثلث الثمن، فقد وجب على البائعِ الوضيعة.

وعن ربيعة وأبي الزِّناد قالا: لا وضيعةَ في الجائحة.

وعن يحيى بن سعيد مثل ذلك.

قيل له: علماء أهل المدينة تأوَّلوا ظاهر الخبر، كما تأوَّلتَهُ، وخصُّوهُ على الثلثِ، كما خصصته، ولا يلزمنا قولهم.

والقياس: أنَّها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخلِ، فإذا تلفت كانت من ضمان البائع.

دليله: الثلث فصاعداً.

أو كلُّ ما كان سبباً في الضمانِ على البائع إذا وافق الثلث فصاعداً، كان سبباً في ضمانه في ما دون الثلثِ.

دليله: إذا تلفت بعطش.

[و]لأنَّه لا يخلو؛ إمَّا أن تكون مقبوضة، أو لا تكون، فإن كانت مقبوضة، وجب أن لا يُفرَّق بين الثلث وما دونه، كسائر المبيعات بعد القبض، وإن لم تكنْ مقبوضة، وجب أن لا يكون من ضمانه شيء، كسائر المبيعات قبل القبض.

فإن قيل: الثمرةُ لا بدَّ أن يطرحَ الطيرُ منها والريحُ وغيرُ ذلك الشيءَ

اليسير، فلو قلنا: هو من ضمان البائع، كان تعسُّفاً، ولو قلنا: الكل من ضمان المشتري، كان ضرراً عليه، فحدَّدناه بالثلث، فقلنا: الثلثُ فما دون من ضمان البائع، وما نقص من ضمان المشتري؛ لأنَّ الثلثَ آخر حدِّ القِلَّة، وأوَّلُ حدِّ الكثرة، وقد جُعِلَت مقداراً في الأصولِ بدليل: الوضيعة، وتحمُّل العاقلة، ومساواة جراح المرأة جراح الرَّجل.

قيل له: فيجب أن يُعتبَرَ مثل هذا إذا تلفت بعطش.

وعلى أنَّ العادةَ لم تجرِ في ذلك بمقدار الثلث والربع، وإنَّما جرت بالشيءِ اليسير الَّذي هو دون الثلث بكثير، فكان يجب أن نقول: ما يخرج عن العادةِ يُضمَنُ.

* * *

## ٣٠٩ ـ مَسْأَلَة

**بيعُ العَرَايا جائزٌ ـ وهو: بيعُ ثمرةٍ على النخلِ خَرْصاً بمثله من التَّمرِ الموضوعِ على الأرضِ نقداً من الواهبِ لها ومن غيرِهِ ـ إذا كانَ دونَ خمسة أوسُقٍ لمن به حاجةٌ إلى أكل الرُّطبِ، ولا ثمنَ معه، فإنْ لم يكنْ به حاجةٌ لم يجزْ:**

نصَّ على هذا في رواية الجماعة؛ صالح وأبي الحارث وابن القاسم وسندي:

فقال في رواية ابن القاسم وسندي: العَرِيَّةُ: أن يهبَ الرَّجلُ للجارِ،

أو ابنِ العمِّ النخلةَ والنخلتين؛ ما لا تجب فيها الزكاة، فللموهوب أن يبيعَها بخرصها تمراً.

ومالك يقول: لا يبيعها إلا من ربها الَّذي وهبها.

وله أن يبيعها ممَّن شاء من النَّاسِ.

ومالك يقول: يبيعها إلى الجذاذ بثمن، ولا يبيعها بتأخير، إنَّما يبيعها ممَّن يُقبِضُهُ.

وقال الخرقي: يبيعها لمن يأكلها رطباً، فإن تركه المشتري حتَّى يُتمِرَ، يبطل البيع.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك بحال.

وقال مالك: يجوز بيعها من واهبها خاصَّة دون غيره من النَّاسِ، ولا يجوز بيعها بتأخير الثمن عن وقت العقد، وهل يختصُّ ذلك بما دون خمسة أوسق؟ على روايتين.

وقال الشَّافعي: يجوز بيع العَريَّةِ للمحتاج إلى أكل الرُّطب أو غير المحتاج فيما دون خمسة أوسقٍ قولاً واحداً، وفي خمسة أوسق فصاعداً قولان:

أحدهما: المنع.

والثَّاني: الجواز.

فالدَّلالة على جواز بيع العرية في الجملةِ خلافاً لأبي حنيفة: ما روى أحمد في «المسندِ» بإسناده عن سهل بن أبي حَثْمَةَ قال: نهى

رسول الله ﷺ عـن بيـعِ التَّمرِ بالتمرِ، ورخَّصَ في العرايـا أن تُشترَى بخَرصِهَا يَأكُلُها أهلُها رُطباً[1].

وروى أبو داودَ بإسناده عن خارجـةَ بن زيد بن ثابـت، عن أبيـه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ رخَّصَ في بيع العرايا بالتَّمر والرُّطبِ[2].

وروى ـ أيضاً ـ بإسناده عن أبي هريـرة: أنَّ رسول الله ﷺ رخَّص في العرايا فيما دون خمسة أوسقٍ، أو في خمسة أوسق. شَـكَّ داودُ بن الحصين[3].

وروى أبو عبدالله بن بطَّة بإسناده عن زيد بن ثابـت قال: رخَّص رسول الله ﷺ في العرايا؛ نخل المدينـة كانـت تُوهَـبُ للمساكين، فلا يُستطاعُ أن يُنتظَرُ بها، فيُباعُ ثمرها بما شاؤوا من تمر[4].

وروى محمود بن[5] لبيد[6]: أنَّـه قال لرجـل من أصحاب النَّبيِّ ﷺ؛ إمَّا زيد بن ثابت، وإمَّا غيـره: ما عراياكم هـذه؟ فقال ـ وسمَّى رجالاً محتاجين من الأنصارِ ـ: شكوا إلى رسول الله ﷺ أنَّ الرُّطبَ يأتي، ولا نقدَ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه أبو داود (٣٣٦٢).

(٣) رواه أبو داود (٣٣٦٤).

(٤) ورواه الإمام أحمد في «المسند» (٥/ ١٩٢).

(٥) في «ت» و«م»: «أنَّ».

(٦) في «م»: «لبيداً».

بأيديهم يبتاعون بها رطباً يأكلونه مع الناس، وعندهم فضولٌ من قوتهم من التَّمرِ، فرخَّص لهم أن يبتاعـوا العرايـا بخرصها من التمر الذي في أيديهم؛ يأكلونه رُطباً[1].

وهذه[2] الأخبار نصوص في جواز بيع العرية.

فإن قيل: هذا عندنا، وهذا محمول على رجل وهب ثمرة نخلة لرجل، فلم يجذَّها الموهوب له حتى يبدو للواهب، فيمنعه منها كراهيةَ أن يدخل بستانَهُ، فيُضرَّ بِـهِ، ويعوِّضه منها خرصَها تمراً، ويقبل ذلك الموهوب له، فتطيب للواهب والموهوب، ويخرج من حكم من وعد وعداً، ثمَّ أخلفه، ويخرج الموهوب من حكم من أخذ عوضاً عن شيء لم يملكه، فيجوز ذلك؛ لأنَّ الغرضَ منه إيصال هذا القدر إليه.

قالوا: ويبيِّن صحَّة هذا التَّأويل: العريَّة مأخـوذةٌ من العاريـةِ، والعاريةُ تمليك بغير بدلٍ إلا أنَّه يختصُّ تمليكَ المنافع، والعريَّةُ تمليكُ الأعيان بلا بدل، وإنَّما اختلف بناء اللَّفظتين في الوضيعـةِ لاختلاف المُعبَّـر عنه، كما تقول: عدل وعديل، وحصان[3] وحصين، ورزان ورزين[4].

---

(١) رواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٣٤٤٦) عن الشافعي معلقاً.

(٢) في «ت»: «هذا»، وفي «م»: «وظاهر»، والصواب ما أثبت.

(٣) في «ت»: «حصار».

(٤) في «ت»: «رزين».

ويدلُّ عليه قول الشاعر:

لَيْـــسَتْ بِـــسَنْهَاءَ وَلا رَجَبـــيَّةً
وَلَكِــنْ عَرَايَــا فِــي الــسِّنِين الجَــوَائِحِ

فمدح النخيل بأنَّها موهوبـة الثمـرة في السنينِ الَّتي تصيب الثمار آفة فتجتاحها، ولو كانت العرية بيعاً لما كان ذلك مدحاً.

قالوا: ويدلُّ عليه ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إذَا خَرَصْتُمْ فَدَعُوا الثُّلُثَ، أو الرُّبعَ؛ فَإنَّ فِي المَالِ العَرِيَّةُ والوَصِيَّةُ»[1].

وروي: «خَفِّفُوا فِي الخَرْصِ؛ فَإنَّ في المَالِ العَرِيَّةُ والوَصِيَّةُ»[2].

فضمَّ العريـة إلى الوصيَّةِ، والوصيَّةُ تمليك بغير بدل، وكذلك العرية.

ولأنَّـه أمرَ بتخفيف الخرص لأجله، ومنه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ لمَّا بعثَ أبا حثمة خارصاً، فجاء رجلٌ إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله! إنَّ أبا حثمة زاد عليَّ في الخرصِ، فدعاه النَّبيُّ ﷺ، وقال لـه: «إنَّ ابنَ

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٤٤٨)، وأبو داود (١٦٠٥)، والنسائي (٢٤٩١)، والترمذي (٦٤٣) من حديث سهل بن أبي حثمة ﷺ بلفظ: «إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تجدوا وتدعوا فدعوا الربع».

(٢) رواه ابن أبي شيبة في «المصنـف» (١٠٥٦٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٣ ـ ٣٤) عن مكحول الشامي، مرسلاً.

عَمِّكَ يَزْعُمُ أَنَّكَ زِدْتَ عَلَيهِ فِي الخَرْصِ»، فقال: يا رسول الله! قد تركتُ عليه خزمة أهله[1].

فدلَّ على أنَّه أراد ما يهبه أهلَهُ؛ إذ لو كان المراد به البيع لَمَا تركها عليه.

قيل له: العرية ليست هي العطية فحسب، بل هي اسم لكلِّ ما أُفرِدَ عن جملة؛ سواء كان للهبة، أو للبيع، أو للأكل. هكذا قال أبو عُبيدٍ.

ومثله قول النَّبيِّ ﷺ: «لا زَكَاةَ فِي العَرِيَّةِ»، والمراد به: ما يفرده من المالِ ليأكله، ولهذا تسقط الزَّكاة فيه عندنا.

وإذا كانت اسماً لكلِّ ما أُفرِد عن جملة؛ سواء كانت لهبة، أو لبيع، لم يمكنْ حملها على الهبةِ في هذا الموضع لوجوه كثيرة، منها:

أنَّه نُقِلَ عنه: أنَّه أرخص في بيع العرايا.

وما ذكروه ليس ببيع، وإنَّما هو رجوع في الهبةِ، فالاسم لا يتناوله حقيقة، ولا مجازاً.

فإن قيل: لمَّا كان معناه عندنا: أنَّ الواهب يعاوض الموهوب على ذلك خَرصاً سمَّاه بيعاً على طريق المجاز، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشۡتَرَىٰ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ أَنفُسَهُمۡ﴾[التوبة: ١١١]، وأطلق اسم الشراء على ما ليس بشراء حقيقة على طريق التشبيه.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٢/ ١٣٤) من حديث سهل بن أبي حثمة ﷺ.

وكذلك قول النَّبيِّ ﷺ: «النَّـاسُ غَادِيَـانِ؛ بَائِـعٌ نَفْسَـهُ فَمُوْبِـقُهَا، وَمُشْتَرٍ[1] نَفْسَهُ فَمُعْتِقُهَا»[2].

قيل له: نفس الحُرِّ لا يمكن بيعها، فجاز أن يُحمَلَ البيعُ فيها على المجازِ، وبيع التمر بالتمرِ يمكن حمله على الحقيقةِ في الشرعِ، فلم يجز حمله على المجازِ.

وما ذكروه من الرجوعِ في الهبةِ لا يُسمَّى بيعاً حقيقة، ولا مجازاً.

الثَّاني: قوله: رخَّص في بيع العرايا.

فسمَّاه رخصة، وهذا الاسم لا يقع إلا على ما فيه ضرب من التسهيلِ والتخفيف، وإنَّما يكون هذا في العرايا؛ لأنَّـه مستثنى من بيـع الرطب بالتمرِ، فأما فيما ذهبوا فليس فيه ضربٌ من التخفيفِ.

الثالث: قوله: فيما دون خمسة أوسق.

وما ذكـروه لا يختـصُّ بهـذا القـدر، بـل يجـوز في هـذا القـدر [و]زيادة عليه.

فإن قيل: يجوز أن يكون السؤال وقع عن هبة هذا المقدار، فخرج جواب النَّبيِّ ﷺ عن سؤال السائل، فرخَّص له في هبته على هذا الوجه.

قيل له: هذا الكلام خرج منه ابتداءً، ولم يخرج على سؤال سائل.

---

(١) في «ت» و«م»: «مشتري».

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٣/ ٣٢١) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

والرابع: قوله: رخَّص في العرايا أن تُباعَ بخرصها تمراً.

ولا تأثير للخرص عندهم.

فإن قيل: نعتبر الخرص، ولكن لا نجعله مستحقاً، بل نعتبره؛ لنخرج به من حكم من وعد وعداً، فأخلفه.

قيل له: فالخبر يقتضي كونه شرطاً؛ لأنَّه علَّق جواز ذلك بشرط الخرص.

الخامس: قوله: يأكلها أهلها رطباً.

فبيَّن أنَّه إنَّما جاز بيع العرايا؛ ليحصل لمن يشتريها رُطبٌ يأكله، والموضع الَّذي حملوا عليه الخبر لا يُوجَدُ فيه هذا؛ لأنَّ الرطبَ هناك لصاحب النخل، فلا يحتاج أن يدفع التمر ليحصِّلَ الرطب؛ لأنَّ الرطبَ ملكٌ له.

السادس: أنَّ الراويَ قد نقل خلاف ما قالوا، وهو حديث محمود: أنَّ قوماً شكوا إلى رسول الله ﷺ أنَّ الرُّطبَ يأتي، ولا نقدَ بأيديهم يبتاعوا به رطباً يأكلونه مع النَّاس، وعندهم فضول من قوتهم من التمرِ، فرخَّص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمرِ الَّذي في أيديهم؛ يأكلونه رطباً[1].

وهذا يمنع أن يكون المراد بالرُّخصةِ الهبة على الوجهِ الَّذي ذكرتم.

---

(١) تقدم تخريجه.

فإن قيل: يُحمَلُ هذا على أنَّه أجاز هذا البيع قبل تحريم الرِّبا، فلمَّا نزل تحريم الرِّبا نسخه.

قيل له: لو كان كذلك لما خُصَّ بما دون خمسة أوسق.

و[1]على أنَّـه رخص في العرايـا في الموضعِ الَّذي نهى عن بيع التَّمر[2] بالتمر، وذلك النهي كان في الحالةِ الَّتي يحرم فيها الرِّبا.

وقد قيل: إنَّ كلَّ عقد جاز في دار الحرب، جاز في دار الإسلام.

دليله: بيع التمر بالتمرِ.

وليس لهم أن يقولوا: إنَّ الرِّبا لا يجـري في دار الحـرب؛ لأنَّا لا نسلِّم ذلك.

وإن شئت قلت: كلُّ بيع لو اتصل بـه القبض صحَّ، كذلك إذا لم يتصلْ به.

دليله: ما ذكرنا.

وعكسه: سائر العقود الفاسدة.

وإن شئت قلت: بيع رطب بتمر خرصاً على رؤوس النخل، فجاز.

دليله: اليسير، كالتمرةِ والتمرتين.

وليس لهم أن يقولوا: إن علَّة الرِّبا لا توجـد في اليسير؛ لأنَّا قد

---

(١) في «ت» و«م»: «أو».

(٢) في «ت» و«م»: «الثمرة».

بيَّنَّا في علَّة الرِّبا: أنَّ اليسيرَ يُوجَدُ فيه الكيل على قدره.

وقيل: إنَّ الخرصَ قد ورد الشَّرع بكونه تتقدَّر به الأشياء، فجاز أن يُتخلَّص به من الرِّبا.

دليله: الكيل والوزن.

وقد ورد الشَّرع بالخرصِ؛ ليُعرَفَ مقدار النصاب الَّذي تجب فيه الزَّكاة بدليل قوله: «يُخْرَصُ النَّخْلَ فَتُؤَدَّى زَكَاتُهُ تَمْراً، كَمَا يُخْرَصُ العِنَبُ فَتُؤَدَّى زَكَاتُهُ زَبِيْباً»[1].

وعندهم أنَّ الخرصَ لا يُتخلَّص به من الرِّبا بحال.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ: أنَّه نهى عن المُزَابَنَةِ[2].

وهي: بيعُ الثمرة على رؤوسِ النَّخلِ بخَرصِها تمراً.

والجواب: أنَّ هذه الأخبار مطلقةٌ في النهي، وفي أخبارنا زيادة، وهو: أنَّه نهى عن ذلك، وأرخص في العرايا، والأخذُ بالزائدِ أولى.

ولأنَّا نحمل النهي على خمسة أوسق فصاعداً بدليل ما ذكرنا من أخبارنا، وهي خاصَّة.

واحتجَّ بأنَّها لو كانت موضوعة على الأرضِ لم يجزْ بيعها بخرصها تمراً، كذلك إذا كانت على رؤوس النخل قياساً على ما زاد على خمسة

---

(١) رواه أبو داود (١٦٠٣) من حديث عتاب بن أسيد رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري (٢٠٦٣)، ومسلم (١٥٤٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

أوسق إذا كانت أقل.

دليله: إذا كانت على الأرض.

والجواب: أنَّ هذا قياس يسقط نصوص الأخبار الَّتي ذكرناها، ولا يجوز استعماله مع إسقاط النَّصِّ، ولهذا قال أبو حنيفة: القياسُ يقتضي أنَّ الأكل ناسياً يفطر، لكن تركته لحديث أبي هريرة: «إنَّ اللهَ أطْعَمَكَ وَسَقَاكَ»[1]، ونترك القياس في الوضوء بنبيذ التمر، لأنَّ النَّبيَّ ﷺ توضَّأ به في حديث ابن مسعود، كذلك هاهنا.

وعلى أنَّ ما زاد على خمسة أوسق قدرٌ كثير لا تدعو الحاجة إلى جواز بيعه، وكذلك الرُّطب على الأرضِ لا حاجة إلى جواز بيعه بالخرصِ، فلم يجز، وما دون خمسة أوسق قليلٌ تدعو الحاجة إلى جواز بيعه على رؤوس النخل بالتمرِ؛ ليَحصُلَ للمشتري رطبٌ[2] يأكله مع النَّاس، وهذا هو المعنى الَّذي جُوِّزَ بيع العرايا لأجله.

وقد تُبيحُ الحاجة البيع، وتوجب العفو، كما نقول: إنَّ القياسَ يقتضي أن لا يصحَّ عقد الإجارة؛ لأنَّها تعقد على معدوم، وكذلك السَّلف، ولكنَّ الحاجةَ لمَّا مسَّت[3] إليه أجيزَ، ورُخِّصَ فيه.

ولهذا فرَّقنا بين ما دون خمسة أوسق وبين الخمسة؛ لأنَّ ما دونه

---

(١) رواه أبو داود (٢٣٩٨).

(٢) في «ت» و«م»: «رطباً».

(٣) في «ت» و«م»: «تدعو الحاجة لما مست».

في حكم القليل، ولهذا نقول: ما نقص من الثمارِ لا تجب فيه الزَّكاة للقلَّة.

واحتجَّ بأنَّ ما يُعتبَرُ فيه استيفاء المماثلة من جهة الكيل إذا كان أكثر من خمسة أوسق، اعتبِرَ ـ أيضاً ـ إذا كان دون خمسة أوسق.

دليله: التمر بالتمرِ، والحنطة بالحنطةِ، والشعير بالشعير.

والجواب عنه: ما تقدَّم.

* فصل:

والدَّلالة على مالك في جوازه من الواهبِ له ومن غيره[1]: ما تقدَّم من الأخبارِ.

ووجه الدَّلالة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أجاز بيع العرايا، ولم يخصَّ بها أحداً، فدلَّ على جوازها في حقِّ الواهب وغيره.

ولأنَّ كلَّ عقد جاز مع الواهب جاز مع غيره.

دليله: سائر العقود.

ولأنَّ الأصلَ في جواز بيع العريَّةِ: أنَّ الحاجةَ تدعو إلى ذلك ليحصل للمشتري رطبٌ[2] يأكله مع النَّاس، وقد دلَّ على ذلك حديث محمود بن لبيد[3]، ولا حاجةَ للواهب إلى ذلك؛ لأنَّ النخلَ له.

---

(١) في «ت» و«م»: «له من غير».

(٢) في «ت» و«م»: «رطباً».

(٣) تقدم تخريجه.

ولأنَّ بيعَها من غيره يحصل به سدُّ الحاجة، كما يحصل به منه[1]، فلا معنى لتخصيصه.

فإن قيل: نسلِّم لكم: أنَّها جُوِّزت للحاجة، ولكنَّ الحاجة غير ما ذكرت، وإنَّما هي: أنَّ الواهبَ يلحقه ضرر بدخول الموهوب له وخروجه إلى بستانه لأجل النخلة، فرُخِّصَ في بيعها منه لتزول عن الواهبِ هذه الضرورة.

قالوا: والَّذي يدلُّ على أنَّ هذا هو الأصل ما روى حمَّاد بن سلمةَ، عن أيُّوب وعبيدالله، عن نافع، عن ابنِ عمرَ: أنَّ رسول الله ﷺ نهى المبتاع والبائع عن المُزَابَنَةِ. قال: وأرخص رسول الله ﷺ في العرايا؛ النَّخلةِ والنَّخلتين تُوهبان للرجل، يبيعها بخرصها تمراً[2].

قيل له: قد روينا في حديث محمود بن لبيد نصّاً صريحاً: أنَّ القومَ شكوا إلى رسول الله ﷺ أنَّ الرُّطبَ يأتي، ولا نقدَ بأيديهم يبتاعون به رُطباً يأكلوه مع النَّاس، فرخَّص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمرِ الَّذي في أيديهم[3].

فتبيَّن أنَّ الرُّخصةَ خرجت على هذا دون ما قالوه.

---

(١) في «ت» و«م»: «من غيره».

(٢) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٤)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٤٧٧٠).

(٣) تقدم تخريجه.

ولأنَّه لو كان كما قالوا، لم يختصَّ ذلك بما دون خمسة أوسق، ولوجب أن يجوز زيادة على ذلك؛ لوجود الضرر في الكثيرِ، كما هو في القليلِ، ولمَّا خصُّوه بما دون خمسة أوسق، دلَّ على أنَّ الحاجةَ إلى ذلك ما ذكرنا من أكل الرطب.

وأمَّا حديث ابن عمر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أرخص في العرايا؛ النَّخلة والنَّخلتين تُوهبان للرجل.

فليس فيه تخصيصٌ ببيعها من واهبها، أو من غيره، فالخبر مطلق، فوجب حمله على عمومه.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّه لا يجوز بيعها نسيئاً خلافاً لمالك أيضاً: ما روى أبو الحسن الدَّارقُطنيُّ بإسناده عن سعد بن أبي وقَّاص قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الرُّطب بالتَّمرِ نسيئة[1].

وهذا عامٌّ في بيعه مطلقاً، وفي بيعه على وجه الأرض.

ولأنَّه جنس فيه الرِّبا، بيع بعضه ببعض نسيئاً، فلم يجز.

دليله: بيع التمر بالتمرِ، والرطب بالرطبِ، والبر بالبرِ، ونحو ذلك ممَّا يجري فيه الرِّبا.

فإن قيل: لمَّا فارقت العريَّة غيرها في جواز بيع الرطب بالتمرِ خَرصاً على طريق الرُّخصة، جاز أن تفارق غيرها في باب الأجل.

---

(١) تقدم تخريجه.

ولأنَّه لمَّا كان موضوع العريَّة لأجل الحاجة، وهو أكله للرطب، فمعنى الحاجة موجود هاهنا، وهـو أن لا يجـد تمراً يبتاع بـه الرُّطب، فجاز أن يبتاع في ذمَّته.

قيل له: ليس إذا دخلها الرِّبا من وجهٍ، يجب أن يدخلها من وجه آخر، ألا ترى أنَّه لا يجوز بيعها متفاضلاً؟

ولأنَّه إنَّما جاز بيعه خرصاً؛ لأنَّه يَتعذَّر كيله، والقبضُ في المجلسِ غير متعذِّر.

ولأنَّ مالكاً أجاز بيع الموزونـات جُزافاً عنـد عدم الميـزان، ولم يوجب ذلك جواز بيعها نسيئاً.

* **فصل:**

والدَّلالة على أنَّه لا يجوز ذلك ممَّن لا حاجةَ بـه إلى أكل الرطب خلافاً للشافعي، وهو: أنَّ العريَّةَ مستثناة لأجل الحاجة الداعية إلى أكل الرُّطب لمن لا تمرَ معه، وبهذا وردت السنة في حديث محمود بن لبيد قال: رخَّـص رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايـا بخرصها من التمر الَّذي في أيديهم؛ يأكلون به رطباً.

فرخص لهم لأجل الحاجة إلى أكله.

وكذلك في حديث سهل بن سعد: يأكلُهَا أهلُهَا رُطباً.

وإذا كانـت الرُّخصة وردت على هـذا الوجـه، وجب أن تكون مقصورةً عليه.

والذي يبيِّن صحة هذا: أنَّهم خصُّوا ذلك بما دون خمسة أوسق على الصَّحيحِ من قولهم.

فإن قيل: لا يمتنع أن يُعلَّق الحكم على عهد رسول ﷺ بمعنى، ثمَّ يكون ذلك الحكم ثابتاً في عدم معناه، ألا ترى أنَّ السَّعيَ والرَّمل والاضطباع في الحجِّ كان لسبب، وهو: أنَّ مكَّة كانت دار شرك، وقصدوا بذلك إظهار الجَلَدِ عليهم، ثمَّ مع هذا فالسنةُ باقيةٌ، كذلك هاهنا.

قيل له: الأصل في هذا: أنَّ الحكمَ إذا تعلَّق بمعنى أن يزولَ بعدم معناه، فإنْ[1] وجدنا في موضع بقاء الحكم مع عدم معناه فلدليلٍ دلَّ عليه، وهناك دلَّ الدَّليلُ من جهة النَّبيِّ ﷺ، وهو: أنَّه استدام الرَّمل في وقته بعد زوال معناه.

واحتجَّ المخالف بعموم الأخبار: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أرخص في العرايا.

وهذا عامٌّ في الغني والمحتاج.

والجواب: أنَّا قد روينا في حديث سهل زيادة: وهو قوله: يأكلُهَا أهلُهَا رُطباً.

وفي حديث محمود: أنَّ هذا الإطلاق خرج على وجه الرُّخصة.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ بيع [جاز مع الفقراءِ] جاز مع الأغنياء، كسائر البيوع.

---

(١) في «ت» و«م»: «قال».

والجواب: أنَّ سائر البيوع لا يختلف الغرض فيها بالفقراءِ والأغنياء، وهذا البيع يختلف الغرض فيه من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

* **فصل:**

والدَّلالةُ على أنَّه لا يجوز بيع ذلك إذا كان خمسة أوسق خلافاً للشافعي في أحد القولين، ولمالك في إحدى الرِّوايتين: ما تقدَّم من حديث أبي هريرة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ أرخصَ في العرايا فيما دون خمسة أوسق، أو خمسة أوسق. الشكُّ من داود بن الحصين[1].

فموضع الدَّلالة: أنَّ الأصلَ قد ثبت في النهي عن المُزابَنَةِ، وهو: بيع التمر بالتمر مطلقاً، وورد الخبر في الرُّخصةِ في أقل من خمسة أوسق من غير شكٍّ، ووقعَ الشكُّ في الخمسةِ، فوجب أن يُحمَل على الأصلِ في المنع.

وأيضاً روى أبو سعيد الخدري: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا زَكَاةَ في العَرِيَّةِ».

ثبت أنَّ العريَّة قدرٌ لا تجب فيه الزَّكاة، وهو ما دون خمسة أوسق.

ولأنَّ الأصلَ في جواز العريَّة الحاجة، والخمسة أوسق في حدِّ الكثرة بدليل وجوب الزَّكاة فيها، ولا حاجةَ بها، فيجب أن يُمنَع منه، ويجوز بما دونه؛ لكونه قليلاً تدعو الحاجة إليه.

---

(١) تقدم تخريجه.

فإن قيل: خمسةُ أوسق إلا رطلاً[1] كثيرٌ؛ لأنَّ الرطلَ لا يؤثِّر فيه، وأنتم تجيزون به.

قيل: له تأثيرٌ بدليل أنَّه يُسقِطُ الزَّكاة.

وذهب المخالف إلى عموم قوله: أرخصَ في العرايا.

وهذا مطلق، وقد روينا في حديث أبي هريرة تخصيصاً بما دون ذلك، فوجب حمله عليه[2].

* * *

## ٣١٠ - مَسْأَلَةٌ

### إذا قالَ: بعتُكَ هذه الصُّبرةَ؛ كلُّ قفيزٍ بدرهمٍ، فالبيعُ صحيحٌ في جميعها على ما سمَّى:

ذكره الخرقي في «مختصره».

وعلى قياسه إذا قال: بعتك هذا الثوب؛ كل ذراع بدرهم، أو اشترى إبلاً، أو بقراً، أو غنماً، أو جراباً هَرَويّاً، فقال: كلُّ واحد من هذا بكذا.

وقد علَّق القول في رواية أبي طالب في رجل قال لرجل: اشتريت منك كلَّ ما في البيتِ؛ كلُّ كُرٍّ بكذا من الطَّعام، والشعير بكذا، والأرز

---

(١) في «ت» و«م»: «رطل».

(٢) في «ت» و«م»: «آخر ثامن وثلاثون».

بكذا، ما اشترى، ثم يكيله، ويقبضه، فيقع الشراء، أرأيت لو احترقَ البيتُ قبل أن يكيله، أليس من مال البائع[1]؟

وظاهر هذا: أنَّه لا يصحُّ العقد حتَّى يوجد الثمن، وليس هذا على ظاهره، ومعناه: أنَّه لا يلزم قبل قبضه.

وهو قول مالك والشَّافعي وأبي يوسف ومحمَّد.

وقال أبو حنيفة في غير الصُّبرة: إن كان لا يعلم مبلغَ الذَّرع والعدد فالبيع فاسد، وإن علم مبلغَ ذلك فهو بالخيارِ؛ إن شاء أخذ كلَّ ذراع وكلَّ قفيز بدرهم، وإن شاء ترك.

وأمَّا الصُّبرة قال: بيع صحيح في قفيز منها بدرهم؛ سواء علم مبلغ كيلها، أو لم يعلم.

دليلنا: أنَّ ثمن كلِّ ثوب معلوم، وإنَّما بقي أن يعلم جملة الثمن، ويمكننا أن نصل إلى معرفة ذلك على صفة لا تفتقرُ إلى المتعاقدينِ ولا إلى واحد منهما بأنْ تعدَّ الثياب أو الكيل، فيجب أن يجوز كما لو قال: (بعتك برأس مالي وربح درهم في كل عشرة) صحَّ البيع؛ لأنا نتوصل إلى معرفة مبلغه على صفة لا تفتقر إلى المتعاقدين ولا إلى واحد منهما، وهو أن تُعدَّ الدراهم، كذلك هاهنا.

فإن قيل: كيف يصحُّ هذا على أصلكم؟ وقد قال أحمد في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث: أكره أن يقول: للعشرة كذا، وكذا، أو ده

---

(١) في «ت»: «البيع».

دوا زده، أو ده يازده، لكن يقول: قام عليَّ بكذا، وأبيعه بكذا.

فقد منع أحمد من بيع المرابحة على هذا الوجه.

قيل: إنَّما كره أحمد ذلك، ولم يبطله، وخلافنا في صحَّة العقد وبطلانه، وإنَّما كره بيع المرابحة على ذلك الوجه لما رواه أحمد عن ابنِ عمرَ وابن عبَّاس: أنهما كرها بيع ده دوا زده، وهذا معدوم هاهنا.

ولأنَّه لو قال: (عليَّ أنَّه مئة ذراع، كلُّ ذراع بدرهم) جاز، وإن كنا لا نعلم جملة الثمن في الحقيقةِ إلا بالذرع؛ لأنَّه يجوز أن يزيد، ويجوز أن ينقص، كذلك هاهنا؛ لأنَّ الثمنَ إذا صار معلوماً في التفصيلِ لم يجبْ أن يكون معلوماً في الجملةِ؛ لأنَّ العلمَ بقدر الثمن في التفصيلِ ينفي غررَ الجهالة عن العقدِ، كما ينفيه العلم بقدره في الجملة.

فإن قيل: التفصيل مخالف للجملة؛ لأنَّه إذا عرف في الجملةِ، وجهل في التفصيلِ، كان ما يجب عليه بالعقدِ معلوماً.

وإذا كان معلوماً في التفصيل مجهولاً في الجملة، لم يكن ما يجب عليه بالعقد معلوماً.

قيل له: إذ كان في التفصيل معلوماً أمكن الوقوف على مقداره بالكيلِ والعدِّ، فهو كما لو تلف بعضُ[1] المبيع، وبقي البعض؛ لمَّا أمكن الوقوف على ما قابله من الثمنِ بالتقويم، لم يَضُرَّ الجهل به حال العقد، كذلك هاهنا.

---

(١) في «ت» و«م»: «بيع».

واحتجَّ المخالف بأنَّ الثمنَ مجهول في حال العقد؛ لأنَّه إذا لم يَدرِ كمْ عدد الذرعان لم يَدرِ جملة الثمن، وجهالـةُ الثمن في حال العقـد تبطل العقد، ألا ترى أنَّه لو اشترى برقمه، أو برأس ماله، أو بما اشترى به فلان، لم يجز العقد؛ لأنَّ الثمنَ مجهول في حال العقد، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّا لا نسلِّم: أنَّه مجهول حال العقد لما بيَّنَّا، وهو: أنَّه يُتوصَّلُ إلى معرفته من غير المتعاقدَين، أو أحدهما، فهو كبيع المرابحة.

ولا يشبه هذا إذا اشتراه برقمه؛ لأنَّـه يجـوز أن يزيد وينقص على ما يظنه المشتري، فهو مجهول.

وكذلك إذا اشتراه برأس مالـه، وكذلك إذا اشتراه بما اشترى بـه فلان؛ لأنَّه ربَّما غُبـِنَ البائع أو المشتري، فيزيد الثمن وينقص، فلم يصحَّ لأجل الجهالة، وهذا معدوم هاهنا، لأنَّـه إن عرف قيمة كل شاة فلا غررَ فيه؛ لأنهما قد رضيا في كل شاة بدرهم، فلهذا فرَّقنا بينهما.

وقد أطلق أحمد القول في جواز البيع بالرَّقْمِ، فقال في رواية أبي داود: وقد سُئِلَ عن بيع الرقم، فكأنَّه لم يرَ به بأساً.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية أبي طالب: لا بأس ببيع الرقم، فيقول: أبيعك برقم كذا وكذا، وزيادة على الرقم كذا وكذا، كلُّ ذلك جائـز وصالح[1] [. . . .][2] إنَّما هو ببيعِ الرقم.

---

(١) في «ت»: «وشاع».

(٢) بياض في «ت» و«م».

وهذا محمول على أنَّهما عرفا مبلغ الرقم، وأوقعا عليه.

* * *

## ٣١١ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا قالَ: (بعتُكَ ذراعاً من هذه الدَّارِ)، وهما يعلمان مبلغَ ذُرْعَانِ الدَّار، صحَّ البيع:**

وقد قال أحمد في رواية حنبل: وذُكِرَ لـه قول الثـوريِّ: أكـرهُ أن يقول: (أبيعك ذراعاً من نصف هذا الثوب ممَّا يليك) حتَّى يذرعه، ثمَّ يبيعـه، وإذا قال رجل لآخر: (بعني نصف دارك ممَّا يلي داري) فهو مردود، فقال: إذا ذرع فهو جائز.

ومعناه: إذا ذرع جملة الدار أو[1] جملة الثـوب، فالبيعُ جائـز في بعضه.

وهو قول الشَّافعي وأبي يوسف ومحمَّد.

وقال أبو حنيفة: البيع باطل.

دليلنا: أنَّه إذا علم ذُرعان الدار كـان المبيـع بينهما معلوماً، فإذا كانت ذُرعانها عشرة، والمبيعُ ذراع، كان المبيع عُشْراً، فيصير كأنَّه قال: بعتك عُشرها، ولو قال هذا كان البيع صحيحاً، كذلك إذا قال: بعتك [ذراعاً]، وهما يعلمان أنَّ الدارَ عشرة أذرع؛ لأنَّ الواحدَ من العشرةِ عُشرٌ.

---

(١) في «م»: «و».

ويفارق هذا إذا لم يعلمْ مبلغ ذرعانها؛ لأنَّ المبيعَ لا يكون بينهما معلوماً؛ لعدم العلم بجملة الأذرع، فلا يعلم كم المبتاع[1] من جملة الدار.

وقد قيل: اشترى من الدارِ جزءاً معلوماً غير معيَّن، فجاز، كما لو اشترى سهماً من كذا، وكذا سهماً من الدَّارِ.

ولا يلزم عليه إذا لم يعرفْ مبلغ ذُرعان الدار؛ لأنَّ الجزءَ غير معلوم.

ولا يلزم عليه إذا عيَّن الذراع من موضع بعينه، ولم يذكر الابتداء والانتهاء؛ لقولنا: (غير معيَّن)، وهناك قد عُيِّنَ.

وقد قال أحمد في رجل قال لرجل: (بعني نصف دارك مما يلي داري)، فهو بيع مردود؛ لأنَّه لا يدري أين ينتهي بيعه، ولو قال: (أبيعك نصف هذه الدار، أو ربع هذه) جاز.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الذراعَ عبارة عن مقدار بعينه لا يزيد، ولا ينقص، وبقاع الدار تختلف، فإذا لم يُقيَّدْ، لم يجزْ، كما لو اشترى شاة من هذا القطيع، أو ثوباً من جملة هذه الثياب.

ويفارق هذا شراءه قفيزاً من صُبرةٍ؛ أنَّه يجوز؛ لأنَّ القفزانَ من صبرة واحدة لا تختلف، والذُّرعانُ تختلف.

والجواب: أنَّ الذراعَ عبارة [عن مقدار] مخصوص لا يزيد،

---

(١) في «ت»: «الذراع»، وموضعها غير واضح في «م».

ولا ينقص، وليس بعبارة عن البقعةِ حتَّى يقال: إن بقاع الدار مختلفة، فإذا قال: ذراعاً من كذا، أفـاد السهمَ المشاع، وقام مقامـه في البيـانِ، ألا ترى أنَّه لا فرقَ بين أن يقول: أوصيتُ بقفيزٍ من عشرة أقفزة من غلَّة هذا القَراحِ، وبين أن يقول: أوصيتُ بعُشرِ غلَّتـه؛ فإن أحـد اللَّفظين قائمٌ مقام الآخر، كذلك قوله: ذراعٌ من عشرة أذرع، أو عُشْرُها، [يجب] أن يكون سواء[1].

وعلى أنَّ قولك: بعتك ذراعاً، يحتمل[2] أن يريد السهم، ويحتمل أن يريـد البقعـة المخصوصة، فيجـب حملـه على السهمِ؛ ليكون البيـع صحيحاً؛ لأنَّ البيـعَ إذا أمكن حمله على الصحَّـةِ لم يجـزْ حمله على الفسادِ، ولهذا قال أبو حنيفة في مسألة: مدٍّ عجوة ودرهم: البيع صحيح؛ لأنَّ له وجهاً في الصحَّةِ.

ولأنَّا إذا حملناه على البقعةِ ألغينا ذكر ذُرعانِ الدار، وإذا حملناه على السهمِ لم يكنْ لغواً.

ولا يشبه هذا شاة من القطيعِ، وثوباً من جملة هذه الثياب؛ لأنَّ ذلك مجهول؛ لأنَّه ليس بعبارة عن سهم مشاع، ولا معيَّن، فلهذا بطل.

* * *

(١) في «ت» و«م»: «أسوأ».

(٢) في «ت» و«م»: «ويحتمل».

## ٣١٢ ـ مَسْأَلَة

**إذا كانَ البائعُ يعلمُ كيلَ الصُّبرةِ، فباعَها جُزافاً، لم يَجزْ، إلا بعدَ أن يعلمَ المبتاعُ بقدر كيلها، فإن لم يبيِّنْ له كان للمبتاع الردُّ:**

قال في رواية حرب: إذا كان يعلم كيله، فجاء رجل يطلبه، فلا يبيعه مُجازفةً حتَّى يعلم منه ما يعلم.

وقال الخرقي: ومن عرف مبلغَ شيءٍ لم يبعه صُبرةً.

وبهذا قال مالك.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: البيع جائز، ولا يلزمه إعلام المشتري.

دليلنا: ما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ غَشَّنا فَلَيْسَ مِنَّا»[1]. وهذا غشٌّ.

ولأنَّ المبتاعَ دخل على أنَّ البائعَ بمثابته في الجهل بمقدار المبيع.

وأيضاً روى ابن وهب من أصحاب مالك عن مسلمة بن علي وغيره، عن الأوزاعي: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى أن يُباعَ الطَّعام مُجازفةً، وهو يعلم ما كيله.

وهذا ـ وإن كان مرسلاً ـ فهو حجَّة عندنا وعند أبي حنيفة، ولنا أن نبنيَ فروعنا على أصولنا.

---

(١) رواه مسلم (١٠١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ولأنَّه باع جُزافاً ينفرد بعلم قدر كيله، فلم يجز.

دليلـه: إذا قال: (بعتك ملء هـذه الغِرَارَةِ)، والبائعُ يعلم قدر ما تسعه.

ولا يلزم عليه إذا كان المشتري عالماً مبلغَ كيلها في البلـدِ جـاز، وإن لم يعلمْ لم يجـزْ؛ لأنَّـه لا يُؤمَنُ هلاكها، فلا يدري بماذا يرجـع المشتري؟

قيل: [. . . .][1].

ولأنَّه إذا علم قدره، ولم يُعلِمْه، فقد قصد تدليسه وغبنه وغشه، فملك الخيار، كما لو باع شاة مصراة، أو أمَةً قد سَوَّد شعرها.

واحتجَّ المخالف بأنَّ البيعَ معلوم بالمشاهدةِ، فوجب أن يغنيَ عن معرفة كيله.

دليله: لو جهلا مبلغها.

[2]فلهذا جاز العقد، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه قصد التدليس، فهو كما لو باع أمة سَوَّد شعرها، أو جَعَّدَه، أو شاة أصرَّ لبنها.

وإن شئت قلت: علَّة المعنى في الأصلِ: أنَّ البائعَ غير عالم بمبلغ كيله، وهاهنا قد انفرد بمعرفة مبلغه، أشبه إذا باعه ملءَ هذه الغِرارةِ.

---

(١) بياض في «ت» و«م».

(٢) كذا في «ت» و«م»، ولكن ثمة نقص في الكلام، لعل معنـاه: والجواب: أن البائع لم يقصد التدليس، لو جهلا مبلغها، فلهذا جاز العقد. . . والله أعلم.

## ٣١٣ ـ مَسْأَلَة

## لا يجـوزُ بيعُ المكيلاتِ بعضِـهَا ببعضٍ جُزافـاً، وكذلك الموزونات:

نصَّ على هذا في رواية بكر بن محمَّد، فقال: لا بأسَ أن يشتري ما يُكالُ بما يُوزَنُ جُزافاً، ومَا يُكالُ بما يُكالُ فلا، ولا ما يُوزَنُ بما يُوزَنُ جُزافاً، ويشتري الإبل والعروض جُزافاً، وإن لم يعلمْ عدده، وما يُعَدُّ فلا بأس أن يُشترَى جُزافاً، وإن لم يعرفْ عدده؛ يجيء إلى قطيع إبل، أو غنم، أو بقر، فيشتريها جُزافاً.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية الحسن بن ثواب: لا يجـوز أن يشتري نقرة ذهب بنقرة فضة لا يعلم وزنها.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: يجوز ذلك.

وقال مالك: لا يجـوز ذلك في الدراهمِ والدنانيـر، ويجـوز فيما عدا ذلك.

دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ أن تُباعَ الصُّبَرُ بالصُّبَرِ من الطَّعام لا يُدرَى ما كيل هذا، ولا ما كيل هذا[١].

وهذا عام في الصُّبَرِ إذا كانت من جنس واحد أو من جنسين.

وأيضاً نهى النَّبيُّ ﷺ عن الغررِ.

---

(١) رواه أبو عوانة في «مسنده» (٣/ ٢٨٦).

وأصل الجزاف غرر.

وطريقـة أخرى، وهـو: أنَّ جواز بيع المكيل بالمكيلِ جُزافاً[1] يفضي إلى الرِّبا بعقدٍ، وذلك أنَّ إحدى الصُّبرتين تستحقُّ، فيرجع عليه بمثلها؛ لأنَّ لها مثلٌ، ولا يخلو أن يزيد على القدرِ، أو ينقص.

ويفارق هذا المعدودات؛ لأنَّه لا ربا فيها، ولأنَّ الواجبَ القيمة.

ولا يلزم عليه إذا أتلف على رجل صُبـرةً؛ أنَّـه يلزمـه مثلها، وإن أفضى إلى الربا؛ لأنَّـه لا يمكن الاحتراز من التفاضل؛ لأنَّـه يتلفـه بغيـر اختياره، وليس كذلك ما ملك بعقد؛ لأنَّـه يمكنه الاحتراز من التفاضلِ، فلهذا لم يجز.

ولأنَّه بيع مكيل بمكيل جُزافاً، أو بيـع موزون بموزون جُزافاً، فلم يصحَّ العقد.

دليله: إذا باعه بشرط الخيار أربعة أيَّام.

فإن قيل: المعنى هناك: أنَّه لو لم يكنْ جُزافاً لم يصحَّ العقد.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا، بل يصحُّ عندنا.

ولأنَّه مكيل بمكيل، أو موزون بموزون جُزافاً، فلا يصحُّ.

دليله: إذا باع صُبرةَ طعام جُزافاً، أو دراهم صبرة بدراهم صبرة.

وإن شئت قلت: لأنَّـه ممَّا يُضمَنُ بمثله، فلم يجـزْ بيعه بجنسه جُزافاً.

---

(١) في «ت» و«م»: «جزاف».

دليله: ما ذكرنا.

ولا يلزم عليه المعدودات؛ لأنها لا تُضمَنُ بالمثل.

فإن قيل: هناك إنَّما بطل العقد لأجل الرِّبا، والرِّبا هاهنا معدوم لاختلاف الجنسية.

قيل له: لا يمتنع أن يبطل العقد لعدم[1] الرِّبا، كما لو باعه شيئاً في كمِّه أو داره لم يره، أو كان ثمن السلم جُزافاً.

ولأنَّ العلمَ بقدر المعقود عليه أحد جهتي العلم بالمعقودِ عليه، فكان لعدمه تأثيرٌ في الفسادِ، كالجهل بالعينِ.

ولأنَّ بيوع الأعيان أحد نوعي العقد، فجاز أن يؤثِّرَ الجُزافُ في فساده، كالعقدِ على ما في الذِّمةِ؛ يؤثر الجزاف في فساده، وهو رأس مال السلم والقرض.

وليس لهم أن يقولوا: إنَّ ذلك معقود على ما في الذمةِ، وهذا على العين؛ لأنَّ علَّةَ الأصل تبطل بالإقرارِ والنذر؛ هو في الذمةِ، ولا يفتقر أن يكون معلوم القدر، وعلَّةَ الفرع تبطل بمال الشركة والمضاربة؛ هو عقد على عين، ولا يصحُّ في الجُزافِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّ هذا معلوم بالمشاهدةِ، فصحَّ العقد عليه.

دليله: المعدودات، والمكيلات بالموزونات.

والجواب: أنَّه يبطل ببيع طعام بطعام ودراهم بدراهم جُزافاً؛ فإنَّه

---

(١) يعني: مع عدم، والله أعلم.

معلوم بالمشاهدةِ، ولا يصحُّ العقد، وكذلك رأس مال السلم ـ إذا كان جُزافاً ـ معلومٌ بالمشاهدةِ، ولا يصحُّ.

وعلى أنَّ المكيلَ والموزون لمَّا فارق المعدود في تعلق الرِّبا بـه، وفي أنَّه يُضمَنُ بمثله، جاز أن يفارقه في مسألتنا، فلا يجوز بيـع بعضه ببعض جُزافاً، ويجوز في غيره.

* * *

## ٣١٤ ـ مَسْأَلَة

**إذا كان المبيـعُ ثوباً، أو عبداً، أو داراً، أو صُبرةً، ونحوه ممَّا يتعيَّنُ ملك المشتري فيـه، وتلف قبل قبضه، فهو من مال المشتري:**

نصَّ على هذا في روايـة أبي الحـارث في رجل اشترى طعاماً، فطلب من لحمه، فرجع، وقد احترق: فهو من مال المشتري.

واحتجَّ بحديث ابن عمر: ما أدركت الصَّفقةُ حيَّاً مَجموعاً، [فهو من المبتاع][1].

وكذلك نقل ابن منصور عنه في رجل اشترى طعاماً، وقلبه، ولم يقبضه: فهو من مال المشتري.

قال أبو بكر: هذا محمول على أنَّه اشتراه صُبرةً.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م» و«ت».

وقال مالك: إن امتنع المبتاع عن القبضِ مع قدرته على القبضِ، فهو من ضمانه، فإن تلف قبل ذلك، فهو من ضمان البائع.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: ذلك من ضمان البائع.

دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن عائشةَ: أنَّ رجلاً اشترى غلاماً، فاستغلَّهُ زماناً، ثمَّ أصاب به عيباً، فخاصمه إلى النَّبيِّ ﷺ، فقضى بردِّه، فقال الرَّجل: يا رسول الله! إنَّـه استغلَّ غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[1].

فوجه الدَّلالة: أنَّـه جعل الخراج بالضمان، وخراج المبيع قبل القبض للمبتاع، فكان ضمانه عليه.

فإن قيل: الخبر يقتضي تعليق الخراج بالضمانِ، وأنَّ مَنْ كان الضمان عليه كان الخراجُ له، ولا يقتضي أنَّ من حصل الخراج لـه، كان الضمان عليه، وهذا كما يُقالُ: ليـس لله نبيٌّ إلا صالح، فلا يقتضي أن لا يوجد صالح إلا وهو نبي.

قيل له: الباء للبدل، فقد جعل الخراج بدل الضمان، فلا فرقَ بين أن يقـول: (الضمان بالخراجِ)، وبين أن يقول: (الخراج بالضمانِ)، كما أنَّه لا فرقَ بين أن يقول: (هذه الألف بهذا الثوب)، وبين أن يقول: (هذا الثوب بهذه الألف) في أنَّ كلَّ واحد منهما بدل عن الآخرِ.

---

(١) رواه أبو داود (٢٥١٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣). وقال أبو داود: إسناده ليس بذاك.

وفارق هذا قوله: (ليس لله نبي إلا صالح)؛ لأنَّـه ليس هناك حرف البدل.

وأيضاً ما رأيت في «مسائل الفرج بن الصَّبَّاح البرناطي» ويغلـب على ظنِّي أنَّه سماع أبي حفص البرمكي؛ لأنَّ ولده أخرج إليَّ المسائل قال: نا أبو علي بن الصوَّاف قال: نا أبو بكر بن عبـد الخالق قال: نا أبو همام قال: نا الوليد بن مسلم قال: نا الأوزاعيُّ، عن الزُّهري قال: حدَّثني حمزةُ بن عبدالله بن عمر: أنَّه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنَّةُ أنَّ ما أدركته الصفقةُ حياً مَجموعاً فهو من مال المبتاع[1].

وقول الصحابي: (مضت السنة) يقتضي سنـة النَّبيِّ ﷺ، وهـذا نصٌّ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أثبت ذلك من ضمان المبتاع.

ولأنَّه مبيع تعيَّنَ من مال البائع، فإذا لم يستحقَّ على البائعِ تركُهُ في ملكه، ولم يُشترَط القبض في صحَّة العقد، كان من ضمان المبتاع.

دليله: المقبوض.

ولا يلزم عليه إذا ابتاع قفيزاً من صُبرة، أو مَنَا[2] حديداً من زُبرةٍ، أو مئة بيضة من ألف بيضة؛ أنَّه من ضمان البائع؛ لأنَّ المبيعَ هناك غير متعيَّن من مال البائع.

ولا يلزم عليه إذا اشترى ثمرة معلقة قد بدا صلاحها، فتلفت بآفة

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٥٣).

(٢) المنا: رطلان.

سماوية؛ أنَّه من ضمان البائع، وإن كانت متعيِّنة؛ لقولنا: (فإذا لم يستحقَّ على البائعِ تركها في ملكه)، وتلك يجب عليه تركها إلى الجذاذ بإطلاق العقد.

فإن قيل: لا معنى لقولكم: (تعيَّن)؛ لأنَّ ما لم يتعيَّنْ - أيضاً - هو من ضمان المبتاع، وهو إذا ابتاع سهماً مشاعاً في عقار، وتلف قبل قبضه، فهو غير متعيَّن، ومع هذا فهو من ضمان المبتاع.

وكذلك المعدود أيضاً؛ لأنَّ ابن منصور نقل عن أحمد: أنَّه ذُكِرَ له قول الثوري: كلُّ شيء ليس فيه كيل، ولا وزن، فخراجه وحمله ونقصه على المشتري، وكلُّ بيع فيه كيل ووزن، أو عدد، فلابدَّ للبائع أن يوفيَهُ. فقال أحمد: أمَّا العدد فلا، ولكن كلُّ ما كان يُكالُ ويُوزنُ، فلابدَّ للبائع أن يوفيه؛ لأنَّ[1] ملكه قائم فيه.

قيل له: أما العقار؛ فإنَّه في معنى المتعين، ألا ترى أنَّه لا يحتاج عند القبض إلى معنى يحصل به التمييز، بل يسلمه على صفته، وليس كذلك قفيز من صبرة؛ لأنَّه يحتاج عند القبض إلى معنى يحصل به التمييز، وهو الكيل.

وأمَّا المعدود إذا كان مُشاعاً، فحكمه حكم المكيل والموزون المشاع.

وقد ذكر الخرقي هذا في «مختصره»، فقال: إذا وقع البيع على

---

(١) في «ت» و«م»: «ولأن».

مكيل، أو موزون، أو معدود، فتلف قبل قبضه، فهو من مال البائع، وما عداه فلا يُحتاجُ فيه إلى قبض، فإذا تلف فهو من مال المشتري، وما قاله في رواية ابن منصور فهو محمول على أنَّ المعدودَ كان متعيِّناً من مال البائع، ولم يكن مُشاعاً من جملةٍ مثل أن يبتاع صبرة [بيض][1]، أو صبرة باذنجان، ونحو ذلك.

وأجود من هذه العبارة: أنه مبيع انقطعت عِلَقُ البائعِ منه، فكان من ضمان المبتاع.

دليله: بعد القبض.

ولا يلزم عليه إذا كان المبيع ثمرة معلقة؛ لأنَّه لم تنقطعْ علقه منه، وهو السقي.

ولا يلزم عليه إذا كان مكيلاً؛ لأنَّه لم تنقطعْ علقه، وهو تميزه عن ملكه.

ولا يلزم عليه الصرف؛ لأنَّ علقه باقية، وهو القبض[2] قبل التفرُّق.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّه يجوز التصرُّف فيه، فلهذا كان من ضمانه، وليس كذلك قبل القبض؛ لأنَّه لا يجوز التصرُّف فيه، فلهذا لم يكنْ من ضمانه.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا، بل يجوز التصرُّف فيه قبل قبضه، وهذه

---

(١) بياض في «م».

(٢) في «ت» و«م»: «الفسخ».

مسألة يأتي الكلام عليها.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ القبضَ المستحقَّ قد وُجِدَ، فلهذا كان من ضمانه، وليس كذلك هاهنا.

قيل[1]: القبض المستحق لا يُسقِطُ الضمان عن المالكِ بدليل: فوات القبض في المُوصَى به وفي الموروثِ وفي الوديعة والنكاح لا يسقُطُ الضمانُ عن المالكِ، كذلك هاهنا.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ، وهو ما بعد القبض: أنَّه لو حصل على وجه غير متميز أسقط الضمان، وهو أن يبتاع قفيزاً من صبرة، فيقبض جميع الصبرة بإذن البائع، فلهذا سقط الضمان إذا كان متميزاً.

وليس كذلك قبل القبض؛ فإنَّه لو لم يكنْ متميزاً كان من ضمان البائع، كذلك إذا كان متميزاً[2].

قيل له: علَّة الأصل لا نسلِّمها على إحدى الرِّوايتين؛ لأنَّ أحمد قد قال في من ابتاع طعاماً مُكايلةً قد شاهد كيله وقبضه: لم يكنْ قبضاً حتَّى يحدث كيلاً ثانياً.

وعلى أنَّ المعنى في الأصلِ: أنَّ القبضَ موجود في الموضعينِ مع التمييز وعدمه، فلهذا كان من ضمان المشتري، وليس كذلك قبل القبض؛ لأنَّه ـ وإن لم يُوجَد القبض في الموضعينِ ـ فقد وُجِدَ التعيين

(١) في «ت» و«م»: «لأنَّ» بدل «قيل».

(٢) في «ت» و«م»: «غير متميز».

في أحد الموضعين، وللتعيين تأثيرٌ في إسقاط الضمان بدليل: أنَّه لو وصَّى لرجل بثُلثِ مالِهِ متعيِّناً، فتلف، كان من ضمان الموصى له، ولو وصى له بثلث شائع، فتلف ثلث المال، كان على الجميعِ، ولم يختصَّ الموصى له، وكذلك هاهنا.

وقياس آخر، وهو: أنَّ القبضَ معنى يستقرُّ به العقد، لم يُجعَلْ شرطاً في صحَّته، فجاز أن لا يقف سقوط الضمان عن البائعِ بوجوده.

أصل ذلك: انقضاء مدة الخيار.

ولا يلزم عليه القبض في السلمِ والصرف؛ لأنَّه شرطٌ في صحَّة العقد.

ولا يلزم عليه الثمرة في رؤوس النخل؛ لأنَّ التعليلَ للجواز.

فإن قيل: نقلب العلَّة فنقول: فاستوى فيه المتعيِّن وغير المتعيِّن.

دليله: ما ذكرت.

قيل: لا تأثيرَ لهذه الأوصاف على أصلك؛ لأنَّك لو قلت: (مبيع) كفاك.

على أنَّه لا يجوز اعتبار المتعيِّن بعدمه، كما قلنا في الوصيَّةِ وفي جواز التصرف: يقف على التعيينِ على ما نبيِّنه فيما بعد.

وقياس آخر، هو: أنَّ الأعيان كالمنافعِ بدليل: جواز العقد عليها، وبدليل: ضمانها بالمُسمَّى في الصحيح، وبالقيمةِ في الفاسدِ.

ثمَّ العقد على المنافعِ ينقسم:

منه ما لا يعتبر القبضَ في استقرار البدل، وهو عقد النكاح؛ لأنَّ المرأة قبل التسليم استقرَّ لها المهر.

ومنه ما يعتبر القبضَ فيه، وهو منافع الاستخدام والسكنى.

كذلك العقد[1] على الأعيان يجب أن ينقسم، وعندهم لا ينقسم.

فإن قيل: البُضعُ في حكم المقبوض بدليل: أنَّها تستحق المطالبة بكمال الصداق قبل التسليم.

قيل له: وكذلك المبيع ـ عند أبي حنيفة وأحد القولين للشافعي ـ يملك المطالبةَ بالثمنِ قبل تسليمه، وله حبسه في يده.

وأمَّا على أصلنا فإنَّما ملكت المطالبة؛ لأنَّها بتسليمها نفسها يتلف البُضعُ، ويتعذَّر المهر؛ لأنَّه في حكم المقبوض، وهذا معدوم في المبيعِ.

وأيضاً لمَّا كان الاعتبار في جواز التصرُّف في المبيعِ بالتعيين دون القبض، يجب أن يكون الاعتبار في ضمانـه بالتعيينِ دون القبض؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما موجب بالعقدِ.

وبيان هذا: أنَّه لو ابتاع طعاماً مكايلة، وقبض منـه طعاماً بغير كيل، حصل من ضمان المشتري، وليس له التصرُّف لعدم التمييز، وإن كان قد حصل من ضمانه، [فـ]يجب أن يُعتبَرُ التمييز في باب الضمان.

واحتجَّ المخالف بأنَّه مبيع تلف قبل قبضه، وكان من ضمان البائع.

دليله: ما لم يتعيَّن.

---

(١) في «ت» و«م»: «في العقدِ».

والجواب: أنَّه لا يجوز اعتبار التعيين بعدمه.

الَّذي يدلُّ عليه بعد القبض لمَّا تعيَّن كـان من ضمـان المشتري، كذلك قبل القبض لمَّا كان متعيناً يجب أن يكون من ضمانـه، وكذلك جواز التصرُّف، فاعتُبِـرَ[1] فيه التمييز دون القبض من الوجهِ الَّذي ذكرنا، كذلك يجب أن يُعتبَرَ في باب الضمان كذلك.

واحتجَّ بأنَّه فوات قبض مستحق، فوجب أن يُبطِلَ العقد.

دليله: فوات القبض في عقد الصرف والسلم.

وإذا بطل العقد حصل من ضمان البائع.

والجواب: أنَّ المعنى في الصرفِ والسلم: أنَّ القبضَ شرط في صحَّتهما، فلهذا كان عدمه يبطل، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّ القبضَ ليس بشرط في صحَّة العقد، فجاز أن لا يَبطلَ بعدمه.

ولا يلزمنا على علَّة الفرع ما لم يتعيَّن؛ لأنَّـه قـد لا يبطل العقـد بهلاكه إذا كان هلاكه من جهة آدمي.

على أنا قد بيَّنَّا: أنَّ فوات القبض المستحَقِّ لا يسقط الضمان عن المستحِقِّ للقبض، كالشيءِ الموصى به والموروث والوديعة.

واحتجَّ بأنَّه أحد عوضي المبيع، فكان من ضمان من زال عنه قبل قبضه، كالثمن.

والجواب: أنَّ الثمنَ؛ إن كان متعيناً، فهو كالمثمنِ، وإن كان في

---

(١) في «ت» و«م»: «واعتبر».

الذِّمةِ، فهو غير متميِّز، فيجري مجرى المثمن إذا كان غير متعيِّن.

فإن قيل: فما تقولون إذا تزوجها على عبد، فتلف قبل قبضه؟ وخالعها على عبد، فتلف؟

قيل: نقول في تلك العقود ما قلناه في البيعِ، وأنَّ ما تعيَّن فهو من ضمان المالك؛ فتلف الصداق من مال الزوجة، والعوض في الخلعِ من مال الزوج.

فإن قيل: أليس قد قال أحمد في رواية مهنا في من تزوج امرأة على غلام بعينه، ففُقِئَت عين الغلام، ولم تقبضه: فهو على الزوجِ.

قيل: هذا محمول على أنَّ الزوجَ فقأ عينه، أو على أنَّه امتنع من التسليمِ حتَّى فُقِئَت عينه؛ لأنَّه غاصب.

* * *

## ٣١٥ ـ مَسْأَلَة

**إذا اشترى قفيزاً من صُبرةٍ، أو عشرة أَمْنَاءٍ[١] حديدٍ من زُبرَةٍ، أو مئتي بيضة من ألف بيضة، ونحو ذلك ممَّا لا يتعيَّن، فتلف قبل قبضه:**

**فإن كان بأمر سمائي[٢] بطل العقد** على قياس قوله في الثمرةِ إذا

(١) جمع (مَنَا)، وهو رطلان.

(٢) قال في «درة الغواص» (ص: ٨٤): والهمزة إنما تُلحَقُ بالممدود =

تلفت قبل أخذها بآفة سماوية: أنَّ العقدَ يبطل؛ لأنَّه قال في روايـة أبي طالب: إذا ذهبَ كلُّه يردُّ عليـه كلَّه؛ يعني: يرد عليه جميع الثمن.

وهذا يدلُّ على أنَّ العقدَ بطل، فلهذا رد الثمن.

**وإن تلف بسبب من جهة آدمي؛ إمَّا من جهة البائع، أو من جهة أجنبي، لم يبطل العقـد، وكان المشتري بالخيارِ؛ إن شاء نقد الثمن واتبع الجاني بقيمته، وإن شاء فسخ.**

نصَّ عليه في رواية إسماعيل بن سعيد في رجل باع ثوباً من رجل، ثمَّ باعه من آخر قبل التفرُّق، ولمَّا يسلمه إلى الأولِ، فاستهلكه البائع: أخذ بخلاصه، وإن لم يقدرْ أن يخلِّصه فعليه قيمتُهُ يومَ استهلكه، فإن كان ذلك ممَّا يُكال أو يُوزَنُ، فعليه المثل.

فقد نصَّ على أنَّ الإتلافَ إذا كان من جهة البائع لم يبطل العقد؛ لأنَّه ألزمه المثل في المكيل؛ لأنَّه ممَّا له مثل.

ولو كان العقـدُ قد بطل لزمه ردُّ الثمن دون المثل، ولم يجعل[1] المشتري بالخيارِ بين الإمضاء ونقد الثمن والرجوع بالقيمةِ، وبين الفسخ والرجوع بالثمنِ، بل جعل له القيمة [فـ]ـحسب.

ويجب أن يُحمَل هذا على أنَّه جعل له القيمة إذا اختار الإمضاء،

---

= المنصرف، كما يقال في النسب إلى سماء وحرباء: سمائي وحربائي، على أنه قد جُوِّزَ فيهما: سماوي وحرباوي.

(١) في «ت» و«م»: «يجعله».

فأمَّا إن اختار الفسخ ونقد الثمن والرجوع بالقيمةِ، فله ذلك، كما كان له إذا ظهر على عيب بعد القبض؛ فإنَّه مُخيَّر بين الإمضاء، وبين الفسخ.

وقال أبو حنيفة: إن أتلفه أجنبي لم ينتقض العقد، والمشتري بالخيارِ؛ إن شاء نقد الثمن واتبع الجاني، فَضَمَّنهُ قيمته، وإن شاء فسخ البيع.

وإن كان الإتلاف من جهة البائع انتقض العقد.

وللشافعي قولان:

أحدهما: ينتقض العقد.

والثَّاني: هو بالخيارِ بين الفسخ، والإمضاء وأخذ القيمة، ولا فرقَ عنده بين أن يكون الإتلاف من جهة البائع، أو أجنبي، أو من جهة الله تعالى.

دليلنا: أنَّ الجاني تجب عليه قيمة المبيع، والقيمة تقوم مقام المبيع، وإذا قام مقامه لم يتعذَّر التسليم، فلا ينتقض البيع، كما لو كان المبيع عبداً، فجنى عليه فيما دون النفس وافقوا أنَّه لا ينفسخ العقد، كذلك هاهنا.

ولا يلزم عليه إذا تلف بأمر سمائي؛ لأنَّ القيمةَ لا تجب هناك.

ولا يلزم على علَّة الأصل المبيع المتعيِّن إذا تلف بفعل الله ـ تعالى ـ أنَّ العقدَ لا يبطل، وإنْ لم يحصل هناك بدل، كقولنا:

والمبيع [. . . .][1].

فإن قيل: لو استأجر عبداً شهراً ليخدمه، فمات العبد، لم يقمْ غيره مقامه، وإن كان بدلاً عنه.

قيل: نظير موت العبد المستأجر أن يهلك المبيع بأمر من السَّماءِ، فيبطل العقد؛ لأنَّه ليس هناك بدل يرجع إليه، فإن أتلفه متلف بطلت الإجارة أيضاً؛ لأنَّ الجاني لا يضمن قيمة المنفعة المعقود عليها، وإنَّما يضمن قيمة الرَّقبة، وحقُّ المستأجر هو في المنفعةِ، فلهذا بطلت الإجارة؛ لأنَّه لم يحصلْ له قيمتها، وفي المبيعِ قد حصل عوض المبيع، وعوض الشيء يقوم مقامه.

فإن قيل: فلو غصب العبدَ مدة الإجارة، فإنَّ المؤجرَ يرجع على الغاصبِ ببدل المنافع، ومع هذا تنفسخ الإجارة.

قيل: الحكم في الإجارةِ والحكم في البيعِ سواء؛ إن تلفت المنافع بأمر سمائي بطلت الإجارة، وهو أن تسقط يد العبد المستأجر بأكله، وإن غصب العبد غاصب حتَّى انقضت مدة الإجارة كان بالخيارِ بين أن يفسخ ويرجع بالأجرةِ، وبين أن يأخذ قيمة المنفعة، وهكذا قال أصحاب الشَّافعي، ولا فرق بينهما.

وقد أومأ إليه أحمد في رواية مهنا في القصَّارِ إذا قصر الثوب، وذهب مقصوراً: فعليه قيمته خاماً، وتسقط القِصارةُ، وإن قوَّمه مقصوراً

(١) بياض في «ت» و«م».

فللقصَّارِ أجرة القِصارةِ.

فقد جعل له الخيار بين أن يقوِّمه مقصوراً ويغرمَ الأجرة، أو خاماً ولا يغرم.

واحتجَّ المخالف بأنَّ المعقودَ عليه قد فات، فلا يمكن تسليمه بوجه، فوجب أن ينتقض البيع، كما لو تلف بأمر سمائي، وكذلك القبض في السلم والصرف.

والجواب: أنَّه إذا تلف بأمر سمائي، فلم يحصل هناك ما يقوم مقامَ المبيع، والمبيع من ضمان البائع، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه يجب على المتلفِ بدله، والبدل يقوم مقامه، فيصير كأنَّه لم يفتْ.

ونخصُّ أبا حنيفة: [أنَّه] إذا أتلفه البائع بأنَّه مبيع تلف بفعل آدمي، فلم يبطل العقد، كما لو أتلفه أجنبي.

فإن قيل: إذا أتلفه أجنبي وجبت القيمة، والقيمة يوم تقوم مقامه، وإذا أتلفه البائع لم تجب عليه القيمة؛ لأنَّها لو وجبت لتعلق وجوبها بعقد البيع، ألا ترى أنَّه لو لم يكنْ هناك بيعٌ لم تجب؛ لأنَّ من أتلف مال نفسه لم يلزمْه ضمان، ولو وجبت بعقد البيع لصارت مبيعة، والمبيعُ في الذِّمَّة لا يجوز إلا على وجه السَّلم، وهذا ليس بسلم.

وليس كذلك إذا أتلفه أجنبي؛ لأنَّ وجوب القيمة عليه لا يتعلَّق بعقد البيع، ألا ترى أنَّه لو لم يكنْ هناك بيعٌ لكانت القيمة واجبة عليه، وإذا لم يتعلَّقْ وجوبها بعقد البيع لم تصرِ القيمةُ مبيعة في الذِّمَّةِ،

فلا يبطل العقد.

قيل له: هذا يبطل إذا أتلفه البائع بعد القبض؛ فإنَّ البيعَ لا ينتقض، وتجب القيمة عليه، وإن تعلق وجوبها بعقد البيع.

فإن قيل: بعد القبض قد سلم للمشتري، وانقطع حق البائع عنه، فصار كالأجنبي.

قيل له: والصداق لم ينقطعْ حق الزوج عنه قبل الدُّخول، ومع هذا إذا أتلفه بعد التسليم يضمنه.

وكذلك إذا تلف المبيع بعد القبض، وظهر على عيب بالثمنِ، فإنَّ حقَّه لم ينقطعْ عنه، ومع هذا يضمن قيمته.

* * *

## ٣١٦ ـ مَسْأَلَة

**إذا كان المبيعُ ثوباً، أو عبداً، أو دابَّةً، أو داراً، ونحو ذلك ممَّا هو متعيِّن، جازَ التصرُّفُ فيه قبلَ قبضِهِ:**

نصَّ على هذا في رواية حرب، فقال: إذا اشترى ما يُكالُ ويُوزَن، فلا يبعه حتَّى يكيله ويقبضه، وإذا كان لا يُكالُ، ولا يُوزَنُ مثل الدار ونحوها، فلا بأسَ أن يبيعه قبل أن يقبضه.

ونقل ـ أيضاً ـ ابن منصور عنه في الرَّجلِ اشترى سفينةً، فقال له رجل: ناولني منها كُراً: فإن كان اشترى ما في السفينةِ صُبرة، ولم يُسمِّ

كيلاً، فلا بأسَ أن يُشرِكَ[1] فيها رجلاً، أو يبيع ما شاء، إلا أن يكون سمَّى كيلاً.

وبهذا قال عثمان بن عفان، وسعيد بن المسيَّب، والحسن البصري، والحكم، وحماد، والأوزاعي، وإسحاق.

وهذا حكاه ابن المنذر، وكنا نحكي عن مالك مثل هذا، وحكى ابن المنذر عنه: أنَّه ما عدا المأكول والموزون يجوز بيعه قبل قبضه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العقار قبل قبضه، ولا يجوز بيع غيره قبل القبض.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع شيء منه قبل القبض.

دليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البقرة: ٢٧٥].

وهذا عام في كلِّ حال.

وأيضاً روى أحمد في «المسنَدِ» قال: نا إسحاق بن عيسى، نا ابن لَهِيعةَ، عن أبي الأسود، عن القاسمِ بنِ محمَّد، عن ابنِ عمرَ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن اشْتَرَى طَعَاماً بِكَيلٍ، أوْ وَزْنٍ، فَلا يَبِيعُهُ حتَّى يَقْبِضَهُ»[2].

وروى ابن بطَّة وأبو داودَ بإسناده عن ابنِ عبَّاسٍ، عن النَّبيِّ ﷺ

---

(١) في «ت» و«م»: «يشترك».

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ١١١).

قال: «مَن ابْتَاعَ طَعَاماً، فَلا يَبِعْهُ حتَّى يَكْتَالَهُ»[1].

فوجه الدَّلالة: أنَّه خصَّ الطَّعام بالنهي، واعتبر أن يكون على صفة، وهي الكيل والوزن، فدلَّ على أنَّ ما عدا هذه بخلافها.

فإن قيل: دليل الخطاب إنَّما يكون حجَّة إذا عُلِّقَ على صفة، فأما إذا عُلِّقَ على اسم، فلا يكون حجَّة، وهاهنا هو معلَّق على اسم الطعام.

قيل له: هو حجَّة عندنا، وإن عُلِّقَ على اسم، وقد قال أحمد: قول النَّبيِّ ﷺ: «لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[2] دلَّ على أنَّ غير الوارث تصحُّ الوصيَّة له[3].

وعلى أنَّ هذا معلق على صفة، وهو قوله: «مَن اشْتَرَى طَعَاماً بِكَيلٍ، أوْ وَزْنٍ»، وهذا صفة.

فإن قيل: فالدليلِ والتنبيه إذا اجتمعا كان التنبيه مقدَّماً، والتنبيهُ فيه: أنَّه لمَّا نهى عن بيع الطَّعام قبل القبض، وحاجةُ النَّاس إليه أعمُّ، فلأنْ[4] لا يجوز غيره أولى.

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٩٦). ورواه مسلم (١٥٢٥) كذلك.

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٢٨٧٠) وغيرهما من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

(٣) دليل الخطاب هاهنا معلق على صفة، فـ (الوارث) اسم يدل على صفة، وكذا هو معلق على صفة في الحديث، والله أعلم.

(٤) في «ت» و«م»: «فبأن».

قيل: إنَّما يكون فيه تنبيه لو أطلق النهي في الطَّعام، فأمَّا وقد علَّقه على صفة في الطعامِ، وهو الكيل والوزن.

وعلى أنَّ هذا يوجب أن يكون تخصيصه للنهي عن بيع الذهب والفضة مثلاً بمثل تنبيهاً على غيرها من الموزوناتِ؛ لأن حاجة النَّاس إليها أعم، ولمَّا لم يَقُلْ هذا، كذلك هاهنا.

والقياس: أنَّ المعقودَ عليه مُتعيَّن، فجاز التصرف فيه قبل القبض.

دليله: البُضعُ، والتصرُّف في البضعِ قبل القبض أن يُخالعها قبل الدُّخول.

وهذه علَّة جيدة.

فإن قيل: المقصود بالخُلعِ الفرقة دون العوض.

قيل له: والمقصود بالنكاحِ البُضعُ دون المهر، ومع هذا لا يجوز التصرُّف عند الشافعي في المهرِ قبل قبضه.

فإن قيل: الخلع رفع للعقد، ولهذا يصحُّ تعليقه بمجيء زمان، ويصحُّ بعوض، ورفعُ العقد لا يفتقر إلى القبضِ، ألا ترى أنَّ الإقالة تصحُّ في المبيعِ قبل القبض، ولا يصحُّ بيعه.

قيل: الخلع ـ وإن كان رفعاً للعقد ـ إلا أنَّه قد جعل في حكم المعاوضة بدليل: أنَّه لا يقف على قدر الصداق، ولا جنسه، ولو كان فسخاً مجرَّداً لوُقِفَ على ذلك، كالإقالةِ؛ لمَّا كانت فسخاً في الحقيقةِ، وُقِفَت على قدر الثمن، وعلى جنسه.

وأيضاً فإنه مبيع تعيَّن فيه ملك المشتري، فجاز التصرُّف فيه.

دليله: إذا قبضه.

ولا يلزم عليه إذا ابتاع ثمرة متعلقة؛ فإنَّه يجوز بيعها قبل قبضها.

نصَّ عليه في رواية الأثرم وابن منصور.

ولا يلزم عليه إذا ابتاع قفيزاً من صُبرة؛ لأنَّه غير متعيِّن.

ولا يلزم عليه إذا ابتاع صُبرة طعام؛ لأنَّ فيها روايتين:

نقل الأثرم وغيره: لا يجوز بيعها قبل قبضها.

ونقل ابن القاسم وحرب جوازه، فقال في رواية ابن القاسم: يُروَى عن ابنِ عمرَ أنَّه قال: كُنَّا نُؤمَرُ أن نَنقلَهُ عن موضعِهِ. ولا أدري ما معنى هذا؟ إذا كان إنَّما اشترى صُبرةً فهو بمنزلة القبض، ولكنَّ ابن عمر روى هذا، وفيه مشقة على النَّاسِ.

وظاهر هذا: جواز بيعها.

وأومأ إليه أحمد في رواية حرب في رجل اشترى من رجل غلة، فكالها، وجعل ينظر إليه، ولعل علمه في ذلك الكيل مثل علم المشتري، فلمَّا ابتاعه قال له الرَّجل: ولِّنِيهِ: فأرجو أن يجزئَهُ ذلك إذا كان حاضراً.

فقد أجاز بيعه بذلك الكيل من غير قبضه، وهذه الرِّواية هي الصَّحيحة.

ولا تلزم عليه مدة الخيار؛ لأنَّه يستوي فيه الأصل والفرع في المنعِ، وذلك أنَّه لو قبض المبيع في مدة الخيار لم يجزْ له التصرُّف فيه.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّ المبيعَ من ضمانه.

قيل: وكذلك هاهنا، هو من ضمانه قبل قبضه، فلا فرقَ بينهما.

على أنَّه إذا اشترى طعاماً مكايلة، وقبضه بغير كيل، حصل في ضمان المشتري، ومع هذا فليس له التصرُّف فيه، وانتقضت علَّة الأصل.

وعلى أنَّ هذا غيرُ مؤثر؛ لأنَّ للبائع أن يتصرَّف في الثمنِ قبل قبضه، وإن لم يحصلْ في ضمانه.

ولأنَّ الاعتبارَ بالتعيينِ دون القبض، بدليل: أنَّه لو ابتاع طعاماً مكايلة، وقبضه بغير كيل، حصل في ضمان المشتري، وليس له التصرُّف فيه لعدم التمييز، والتمييزُ هاهنا موجود، فيجب أن يصحَّ التصرُّف فيه.

ومنهم من يمنع ويقول: يجوز له التصرُّف فيما يتحقق أنَّه قدر حقه. وهذا فاسد؛ لأنَّه يتصرف في ملك غيره.

ولأنَّ ما من جزء منه إلا وحقُّ البائع فيه؛ لأنَّه ممَّا تعيَّن حقُّه فيه.

فإن قيل: لو كان الاعتبار بالتعيينِ لم يصحَّ القبض بعدمه، وقد قال أحمد في رواية محمَّد بن الحارث في رجل باع بألف درهم بكذا كذا ديناراً، فأعطاه مئة دينار؛ ليجيء فيزن له، فقال: إذا كان أكثر من حقِّه فجائز.

فقد حكم بصحَّة القبض في التصرُّف، وإن لم يحصل التعيين، فدلَّ على أنَّه لا اعتبار به.

قيل له: عدم التعيين غير مؤثِّر فيه من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

ولأنَّه أحد عوضي المبيع، فجاز التصرُّف فيه قبل القبض.

دليله: الثمن.

وقد أومأ أحمد إلى جواز التصرُّف في الثمنِ في رواية ابن منصور: وقد سُئِلَ عن اقتضاء دراهم من دنانير، ودنانير من دراهم في البيعِ، فقال: يأخذ بالقيمةِ، وإن اقتضاه في الدينِ فبالقيمة.

فإن قيل: إن كان الثمن معيَّناً لم يجز التصرُّف فيه قبل القبض قولاً واحداً، وإن كان في الذِّمَّةِ فعلى قولين.

قيل له: نقيس عليه إذا كان في الذِّمَّةِ:

فإن سلَّمتَ فالقياس صحيح.

وإن منعت دلَّلنا على صحَّة الأصل بما روى أبو بكر بإسناده عن ابن عمرَ قال: كنتُ أبيع الإبل بالبقيعِ، فأتيت رسول الله ﷺ، فوجدته يريد أن يدخل حجرته، فأخذت بيده، فقلت: كيف تأمرني ببيع الذهب من الفضةِ، وبيع الفضة بالذهبِ؛ أحدهما بالآخرِ؟ قال: «عَلَى سِعْرِ يَوْمِهَا، وَلا تُفَارِقْ صَاحِبَكَ وَبَينَكَ وَبَينَهُ لَبْسٌ»[1].

وهذا نص.

فإن قيل: فإن سلَّمنا لكم هذا في الثمنِ، فالمعنى فيه: أنَّه قد أمن انتقاض العقد بهلاكه، وهذا المعنى معدوم في المبيعِ قبل القبض.

---

(١) ورواه ابن ماجه (٢٢٦٢) نحوه.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا؛ لأنَّ المبيعَ إذا كان متعيِّناً قد أمن انتقاض العقد بهلاكه، ويهلك من مال المشتري، فلا فرق بينه وبين الثمن.

وعلى أنَّه يأتي الكلام عليه على هذا مع أبي حنيفة.

فإن قيل: تسليم الثمن ليس بتسليم عقد المعاوضة؛ لأنَّ تسليم عقد المعاوضة إذا تعذَّر لم يسقطْ إلى القيمةِ، والثمن إذا تعذَّر وجب تقويمه، ودفع قيمته إلى البائعِ، وهذا حكم تسليم الملك دون تسليم العقد.

قيل: قد يعجز المشتري عن تسليم الثمن وقيمته، والمبيعُ في يده، فيرجع البائع إلى المبيعِ عندنا وعند الشَّافعي، وهذا حكم تسليم عقد المعاوضات، وأنَّه قد يتعذَّر، فلا يسقط إلى القيمةِ.

ولأنَّ للتعيين تأثيراً فيما يرجع إلى التصرُّف بدليل: أنَّه لا يجوز شرط تأخير القبض في بيوع الأعيان؛ لأنَّ فيه قطعاً للتصرُّف، ويجوز ذلك فيما كان في الذِّممِ، وهو الموصوف.

ولأنَّ الشراءَ جهة من جهات الملك، فجاز التصرُّف فيما ملكه قبل قبضه.

دليله: الإرث والوصيَّة.

ولا يلزم عليه ما لم يتعيَّن؛ لأنَّ التعليلَ بجواز التصرُّف فيه في الجملةِ، فلا يلزم عليه أعيان الملك.

فإن قيل: الإرث والوصيَّة يجوز التصرُّف فيهما فيما لم يتعيَّنْ فيه

ملكه، فلهذا جاز فيما تعيَّن قبل قبضـه، والمبيع[1] لمَّا لم يجزْ تصرُّفـه فيما لم يتعيَّنْ فيه ملكه، لم يجزْ فيما تعين.

قيل له: علَّة الفرع تبطل بـه إذا ابتاع طعاماً مكايلـة، وقبضـه بغير كيل؛ فإنَّـه لا يجـوز التصرُّف فيه لعدم التعيين، فلو كان متعيِّناً جاز التصرُّف فيه.

وعلَّة الأصل تبطل بالثمنِ؛ فإنَّه لا يجوز التصرُّف فيـه إذا تعيَّن، ويجوز إذا لم يتعيَّنْ.

ونخص أبا حنيفة بطريقة أخرى: أنَّه عوض متعيِّن، فجاز التصرُّف فيه قبل قبضه.

دليله: الصداق، وعوض الخلع؛ وافق أنَّـه يجوز التصرُّف فيه قبل قبضه، كذلك هاهنا.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّـه قـد أمن انتقاض العقـد بهلاك العوض؛ لأنَّه لـو هلك الصداق قبل قبضه لم يبطل النكاح، وكذلك الخلع، والبيع بخلافه.

قيل: قد أجبنا عن هذا في الدليلِ الَّذي قبله بما فيه كفاية.

فإن قيل: المعنى في الصداقِ وعوض الخلع: أنَّه يجوز التصرُّف في غير المتعيِّن، والمبيع بخلافه.

قيل: لا نسلِّم لك هذا، والحكم عندنا في الصداقِ، كالحكمِ في

---

(١) في «ت» و«م»: «البيع».

البيع في اعتبار التعيين وعدمه على ما نبينه فيما بعد هذه المسألة.

ونخصه ـ أيضاً ـ بأنَّه بيع تعيَّن فيه ملك المبتاع، فجاز تصرفه فيه.

دليله: العقار.

فإن قيل: المعنى في العقارِ: أنَّه أمن انتقاض العقد بهلاكه، فلهذا جاز التصرُّف فيه [قبل][1] قبضه، وليس كذلك غيره من المبيعات؛ لأنَّه لا يأمنُ ذلك.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا؛ لأن المبيع الذي نُجيزُ التصرُّفَ فيه قد أمن انتقاض العقد بهلاكه.

على أنَّ هذا لا يصحُّ، لأنَّ علة الفرع تبطل بمن ابتاع طعاماً مكايلة، وقبضه بغير كيل؛ فإنَّه قد أمن انتقاض العقد بهلاكه، ولا يجوز التصرُّف فيه.

وتبطل بالمسلم فيه، لا يجوز التصرُّف فيه قبل قبضه، وقد أمن انتقاض العقد بهلاكه؛ لأنَّ السَّلم إنَّما يصحُّ في مثل غلة بغداد والكوفة والبصرة، والعادةُ أنَّ ذلك لا يهلك.

ويبطل ـ أيضاً ـ بزُبَرِ الحديد؛ فإنه لا يخشى هلاكها، ولا يجوز بيعها.

وليس لهم أن يقولوا: إنَّها تُبرَدُ وتُذْرى، فينتقض العقد؛ لأنَّه يمكن جمعه، فلا ينتقض العقد.

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت»، وموضعها بياض في «م».

وأمَّا علَّة الأصل فتبطل به إذا ابتاع غرفة على بيت؛ فإنَّ له أن يبيعها قبل القبض، وهو يخشى انفساخ العقد بهلاكها.

ولا يجوز أن يقال: إنَّ قرارها من الهواء باقٍ بعد هلاكها؛ لأنَّ الهواء تابع، وليس بمتبوع، ولهذا لا يجوز إفراده بالعقدِ.

وكذلك إذا اشترى عبداً بثوب، [و]وُجِدَ القبض في أحدهما، جاز بيعه، وإن جاز انتقاض العقد فيه بهلاك ما لم يُقبَضْ.

وعلى أن خشيةَ انفساخ العقد فيه بهلاكه لا تمنع من بيعه، ولا تدلُّ على فساده، ألا ترى أنَّ كلَّ من باع شيئاً ممَّا يُنقَل ويُحوَّل؛ فإنَّه يخشى أن يتلفَ قبل تسليمه إلى المشتري، وينفسخَ البيع فيه، ومع هذا يجوز بيعه.

واحتجَّ المخالف بما رُويَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال لعتَّاب بن أُسيدٍ حين بعثه إلى اليمنِ: «انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا، وربْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا»(1).

ولم يفرِّق بين المتعيِّن وغيره.

وبما روى ابن عمر قال: ابتعت بيعاً فما ربحت فيه، فأردت أن أصفق على يديه، فنظرت، فإذا رجل من خلفي، فنظرت، فإذا زيد بن ثابت يقول: يا عبدالله بن عمر! لا تبعه، كما ابتعته حتَّى تُحوِّله إلى رحلك؛ فإنَّ رسول الله ﷺ نهى أن تُباعَ السلعُ حيثُ تبتاع حتَّى يحوزَها

---

(1) رواه ابن قانع في «معجم الصحابة» (2/ 270).

التُّجارُ إلى رحالهم[1].

والجواب: أنَّ هذا عامٌّ، فنحمله ونخصه على المبيعِ الَّذي لم يتعيَّنْ حقُّ المبتاع فيه بدليل ما ذكرنا.

واحتجَّ بأنَّه مبيع لم يقبضْ، فلم يجزْ بيعه.

دليله: ما لم يتعيَّنْ ملكه فيه.

والجواب: أنَّ المعنى في الأصلِ: أنَّ حق المبتاع لم يتعيَّنْ فيه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ حقَّه قد تعيَّن فيه، فجاز بيعه.

دليله: بعد القبض.

فإن قيل: علَّة الأصل تبطل بالمكيلِ والموزون إذا لم يكنْ مأكولاً؛ فإن مهنا روى عنه أنَّه قال: كلُّ شيء يباع قبل قبضه إلا ما كان يُكالُ ويُوزَنُ ممَّا يُؤكَل ويُشرَب.

قيل له: هذه رواية ضعيفة، والمذهب الصَّحيح: أنَّه لا يجوز بيعه سواء كان يؤكل ويشرب، أو لا يؤكل إذا لم يتعيَّنْ على رواية حرب وغيره.

ثمَّ لا يمتنع أن لا يُقبَضَ، ويجوزُ التصرُّف فيه، كالثمنِ والبُضعِ والميراث والوصيَّة.

وعلى أنَّ قوله: (مبيع) لا تأثيرَ له؛ لأنَّ الصداقَ، والعوض في الخلعِ، والأجرة في الإجارةِ إذا كانت متعيِّنة سواء في المنعِ عندهم،

---

(١) تقدم تخريجه.

فلا معنى لذكر المبيع.

وقد عبر بعضهم عن هـذا بأنَّها عينٌ ملكهـا ببـدل، فوجـب أن لا يجوز لمالكها بيعها قبل القبض.

دليله: ما ذكرنا.

والجواب عنه: ما تقدَّم من الفرقِ بين الأصل والفرع، ومن القبضِ بالثمنِ وبالبضعِ، وعدم التأثير بالسَّلمِ؛ ليس بعينٍ، ولا يجوز بيعه قبل قبضه.

واحتجَّ بأنَّ كلَّ حكم تعلق بالقبضِ فيما لم يتعيَّنْ، تعلق بـه فيما تعين.

أصله: انتقال[1] الضمان، ولزوم الهبة، وصحَّة الرهن.

والجواب: أنَّ انتقال الضمان ولزوم الهبـة وصحَّـة الرهن تتعلَّق بالقبضِ فيما لم يتعيَّن، ولا تتعلَّق بالقبضِ فيما تعين، كما قلنا في جواز التصرُّف، فلا فرقَ بينهما على أصلنا.

وقد نصَّ أصحابنا على هذا في ضمان المبيـع، وفي الهبـةِ، وفي الرهن.

وعلى أنَّه ليس إذا تعلَّقت هذه الأحكام في المتعيِّن بالقبضِ، وجب أن يتعلَّق جواز التصرُّف فيه بـه[2]، كما قلنا في الأثمانِ: إنَّ هذه الأحكام

---

(١) في «ت» و«م»: «أنَّه قال».

(٢) في «ت» و«م»: «بها»، والضمير عائد إلى (القبض).

تتعلَّق فيه[1] بالقبضِ، ولا يتعلَّق جواز التصرُّف به[2].

* * *

## ٣١٧ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا أصدقها عبداً، أو ثوباً، أو داراً، ونحو ذلك ممَّا يتعيَّن ملكُها فيهِ، جازَ لها التصرُّف فيه قبل قبضه.**

**وإن لم يكنْ متعيِّناً مثل قفيزٍ من صُبرةٍ ونحو ذلك، لم يجزْ لها التصرُّف فيه قبل قبضه.**

**وكذلك الجعل في الخلعِ:**

وهذا قياس قول أصحابنا؛ لأنَّهم اعتبروا التعيين في غير البيع، كالهبةِ والرهن، وجعلوا لزوم الهبة وصحَّة الرهن في المتعيِّن بالعقدِ، وفي غيره بالقبضِ.

وقال أبو حنيفة: يجوز لها أن تتصرَّف فيه قبل قبضه في جميع الأشياء ممَّا يتعيَّن ملكها فيه، وما لا يتعيَّن.

وقال الشافعي: لا يجوز لها التصرُّف في شيء منه قبل القبض.

فالدَّلالة على أنَّ ما لم يتعيَّنْ ملكها فيه لا يجوز لها التصرُّف فيه قبل قبضه: أنَّها عينٌ مُلِكَت ببدلٍ، فإذا لم يتعيَّنْ ملك مالكها

---

(١) في «ت» و«م»: «فيها»، والضمير عائد إلى (المتعين).

(٢) في «ت» و«م»: «بها»، والضمير عائد إلى (القبض).

فيها[1]، لم يجزْ له بيعها قبل القبض.

دليله: ما ليس بمتعيِّن إذا ملكه بعقد البيع.

وفيه احتراز من المملوكِ بالإرث والوصيَّة؛ فإنَّه يجوز التصرُّف فيه، وإن لم يتعيَّن؛ لأنَّه لم يملكْ ببدل.

و[2]فيه احتراز من العبدِ والثوب؛ لأنَّ ذلك متعيِّن فيه ملك المالك.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّه يخشى انفساخَ العقد بهلاكه، فلهذا لم يجز التصرُّف فيه قبل قبضه، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه لا يخشى انتقاض العقد لأجل هلاكه قبل القبض، فلهذا جاز التصرُّف فيه.

ومعناه: أنَّ النكاحَ لا يبطل بهلاك المهر، وكذلك الجعل في الخلعِ، ولهذا قلتم: إذا أصدقها عبداً، فخرج حراً، أو استُحقَّ، كان لها قيمته، ولم يبطل عقد الصداق بفساده؛ لأنَّه لو بطل رجعت إلى مهر المثل.

قيل له: قد منعنا أن تكون هذه علَّة صحيحة في البيعِ من الوجهِ الَّذي ذكرنا، فلا وجهَ لإعادته.

واحتجَّ المخالف بأنَّه لا يخشى انتقاض العقد بهلاكه قبل القبض، فوجب أن يجوز التصرُّف فيه قبل القبض.

دليله: إذا تعيَّن حقُّها في الصداقِ، وكالثمنِ في المبيع.

---

(١) في «ت» و«م»: «فيه»، والضمير عائد إلى (العين).

(٢) في «ت» و«م»: «أو».

والجواب عنه: ما تقدَّم.

واحتجَّ بأنَّ المهرَ أحد البدلين في عقد النكاح، فوجب أن يجوز التصرُّف فيه قبل القبض.

دليله: البُضعُ، والتصرُّفُ في البضع قبل القبض أن يُخالعَها قبل الدُّخول.

والجواب: أنَّ قوله: (أحد البدلين في النكاحِ) لا تأثيرَ له؛ لأنَّ بدل الخلع وبدل النكاح سواء.

ولأنَّ المقصودَ بالخلعِ هو الفرقة دون المعاوضة، ولهذا لا يصحُّ أن يملك بُضعَها غيرُها بعوض يبذله[1]، فلهذا لم يكنْ من شرطه القبض.

ولأنَّ رفع العقد لا يفتقر إلى القبضِ، ألا ترى أنَّ الأدلة صحيحة في البيعِ قبل القبض، كما تصح بعده.

والجواب: الصَّحيح: أنَّ البُضعَ إنَّما جاز التصرُّف فيه قبل قبضه؛ لأنَّه متعيِّن، ومثله نقول في الصداقِ المتعيِّن.

* **فصل:**

والدَّلالة على جواز التصرُّف فيه إذا تعيَّن حقُّها فيه: أنَّ حقَّها فيه تعيَّن في المهرِ، فملكت التصرُّف فيه.

دليله: بعد القبض.

---

(١) في «ت» و«م»: «يأخذه».

ولأنَّ الاعتبارَ بالتعيينِ دون القبض بدليل: أنَّه لو تزوَّجها على طعام مكايلة، وقبضته بغير كيل؛ فإنَّه لا يجوز لها التصرُّف فيه، وإن كان مقبوضاً لعدم التعيين.

ولأنَّ الصداقَ أحد بدلي النكاح، فجاز التصرُّف في المتعيِّن منه قبل القبض.

دليله: البُضعُ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه تصرف في المهرِ قبل قبضه، أشبه إذا لم يتعيَّنْ ملكها فيه.

والجواب: أنَّ قوله: (في المهرِ) لا تأثيرَ له؛ لأنَّ التصرُّف في الثمنِ عنده كذلك.

ولأنَّه لا يجوز اعتبار المتعيِّن بغيره، كما لم يجزِ اعتبارهما بعد القبض.

وعلى أنَّا تكلمنا على ذلك فيما تقدَّم في الَّتي قبلها.

* * *

## ٣١٨ - مَسْأَلَة

## التَّخليةُ قبضٌ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ في إحدى الرِّوايتين:

قال في رواية الميموني: إذا جهلا جميعاً، فلم يعرف كلُّ واحد منهما كيله، اشتراه صُبرةً، فقيل له: كيف التسليم؟ فقال: كيف تسليم الثمرة! في رؤوس النخل، إذا لم يَحُلْ بينه وبينه، فهو تسليم.

وكذلك نقل محمَّد ين الحسن بن هارون: إذا اشترى طعاماً، فلا يبيعه حتَّى يكتاله؛ يُميِّزه بالكيلِ من مال البائع.

ويشهد لهذه الرِّواية من أصلنا: أنَّ المبيعَ إذا تعيَّن فهو من ضمان المبتاع، ويجوز له التصرُّف فيه، وبه قال أبو حنيفة.

وفيه رواية أخرى: التخليةُ ليست بقبض.

نصَّ عليه في رواية الميموني في موضع آخر: إذا اشترى الصُبرةَ، فلا يبيعها حتَّى ينقلها، حديث ابن عمر: كنَّا نشتري الطَّعامَ جُزافاً في أعلى السُّوقِ، فنُهينا عن بيعه حتَّى ننقله.

وكذلك نقل أحمد بن الحسن في رجل اشترى طعاماً، فلمَّا قبضه، رغب عنه[1]، وقال: بعته مرابحةً صُبرةً: لم يجزْ حتَّى يكيله كما كاله، وينقله من موضعه، وذكر حديثَ: [أنَّ] النَّبيَّ ﷺ أمرنا إذا اشترينا الطَّعام أن ننقله من موضعه. وبهذا قال.

وجه الأولى[2]: ما روى أبو داودَ وعبدالله بن بطَّة بإسناده عن ابنِ عباس، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَن ابْتَاعَ طَعَاماً، فَلا يَبِعْهُ حتَّى يَكْتَالَهُ»[3].

فظاهر هذا: أنَّ المشتريَ إذا اكتاله، ولم ينقله: أنَّه يجوز بيعه؛ لأنَّ (حتَّى) للغاية، وما بعد الغاية مفارق لما قبلها.

---

(١) في «ت» و«م»: «فيه».

(٢) في «ت» و«م»: «الدَّلالة».

(٣) تقدم تخريجه.

ولأنَّ بالتخليةِ قد صار في يد المشتري بدليل جواز التصرُّف فيه بالنقلِ، والأكل إن كان طعاماً، واللبس إن كان ثوباً، والنقلُ والأكلُ واللبسُ تصرُّف، فإذا كان في يده كان من ضمانه، وجاز له، كما لو نقله.

فإن قيل: لو كان في يد المشتري لوجب إذا كان المبيع ساحةً، فخلَّى بينها وبين المشتري، فاحترقت، ثمَّ جاء مستحِقٌّ، فاستحقها؛ أن يكون له ضمان المشتري؛ لأنَّها في يده.

قيل: لا يمنع أن [لا] تكون التخلية قبضاً في ضمان الغصب، وتكون قبضاً في ضمان المبيع، كالعقارِ إذا خلَّى البائع بينه وبين المشتري صار من ضمانه، ولو ظهر مستحقٌّ للعقار لم يضمن المشتري.

وأيضاً فإنَّ القبضَ سبب لضمان المبيع على المشتري، كالغصبِ سبب لضمانه على الغاصبِ، ثمَّ ثبت أنَّه لا اعتبارَ بالنقل في ضمان الغصب بدليل: أنَّ المودَعَ إذا جحد الوديعة، أو طُولِبَ[1] بردِّها، فلم يردَّها، وجب عليه ضمانها، وإن لم يُوجَد النقل.

وكذلك ولدُ المغصوبة إذا طُولِبَ[2] بردِّه، ولم يردَّه.

وكذلك إذا اصطاد ظبية، فولدت، ثمَّ تلفت وولدها[3]، وكان

(١) في «ت» و«م»: «طالب».

(٢) في «ت» و«م»: «طالب».

(٣) لم يرد المصنف ـ رحمه الله ـ إيراد هذه المسألة على أنها صورة من صور ضمان الغصب، وإنما أراد أن يوضِّح بها ثبوت اليد، والله أعلم.

المعنى فيه ثبوت يده عليه، كذلك المبيع قد تثبت يد المبتاع عليه بالتخليةِ من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

فإن قيل: نقول بموجبه، وهو إذا كان المبيع في يد المشتري قبل العقد؛ فإنَّه لا يحتاج إلى نقل.

قيل: إلا أنَّك تشترط فيه ما يقوم مقام القبض، وهو مضيُّ زمان يُقبَض في مثله، ولا يُعتبَر مثل هذا في الغصبِ.

وأيضاً فإنَّ التخليةَ قد وُجِدَت بين المبيع والمشتري، فوجب أن يحصل من ضمانه، ويجوز له بيعه.

دليله: العقار.

فإن قيل: العادةُ في العقارِ التخلية دون النقل؛ لأنَّه لا يمكن نقله، والعادةُ فيما يُنقَلُ النقل، ولم تُوجَد العادة، فلم تكن[1] قبضاً.

قيل: هذا المعنى لا يوجب الفرق بينهما في ضمان المبيع، كما لم يوجب الفرق بينهما في ضمان الغضب، وقد ثبت أنَّ ضمان الغصب يحصل فيما لم يُنقلْ سواء كان عقار، أو غيره، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بما روى أحمد بإسناده عن ابنِ عمرَ قال: كانوا يبتاعون الطَّعامَ جُزافاً بأعلى السوقِ، فنهى رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتَّى ينقلوه[2].

---

(١) أي: التخلية، والله أعلم.

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢١)، ومن طريقه: أبو داود (٣٤٩٤).

وروى أبو داودَ بإسناده عن ابنِ عمرَ قال: كنَّا في زمانِ رسولِ اللهِ ﷺ نبتاعُ الطَّعامَ، فيبعثُ علينا مَنْ يأمرُنا بانتقاله من المكانِ الَّذي ابتعناه فيه إلى مكانٍ سواهُ قبلَ أن نبيعَهُ[1]؛ يعني: جُزافاً.

وبإسناده عن ابنِ عمرَ قال: كانَ النَّاس يُضرَبونَ على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا الطَّعام جُزافاً؛ أنْ يبيعَهُ حتَّى ينقلَهُ إلى رحلِهِ[2].

وبإسناده عن ابنِ عمرَ قال: ابتعت زيتاً في السوقِ، فلمَّا استوجبتُهُ لقيني رجلٌ، فأعطاني فيه ربحاً حسناً، وأردتُ أن أضربَ على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفتُّ، فإذا زيدُ بن ثابت، فقال: لا تبيعه حتَّى تَحوزَه إلى رحلك؛ فإنَّ رسول الله ﷺ نهى أن تباعَ السلعُ حتَّى يحوزها التُّجار إلى رحالهم[3].

والجواب: أنَّا نحمل الخبر: حتَّى يحوزوها، أو يخلو بها.

وقد قيل: إنَّ معنى هذه الأخبار: أنَّهم كانوا يتلقَّون الجَلَب، وتكثر الأمتعة في الأعدال، ولا ينظرون إليها إلا بعد إحرازها في رحالهم، فنهاهم عن بيعها قبل أن يحوزوها، وينظروا إليها؛ لئلا يلزموا أنفسهم

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٩٣)، ورواه مسلم (١٥٢٧) كذلك.

(٢) رواه أبو داود (٣٤٩٨). ورواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ١٥٠)، وعنده: «إذا اشترى. . .».

(٣) تقدم تخريجه.

مبيعاً مجهول الصفة.

واحتجَّ بأنَّه مبيع مضمون على البائعِ، لم[1] ينقله إلى المشتري، فلم يكن قابضاً.

دليله: إذا لم توجد التخلية.

والجواب: أنَّه لا يجوز اعتبار التخليـة بعدمها، كما لم يجـزْ مثل ذلك في العقارِ.

ولأنَّه قبل التخلية لم يحصلْ في يد المشتري، وبعد التخلية قـد حصل في يده من الوجهِ الَّذي ذكرنا.

* * *

## ٣١٩ ـ مَسْأَلَة

**إذا باعَ طعاماً بثمنٍ إلى أجلٍ، فلمَّا حلَّ الأجلُ باعَ المشتري من البائعِ ذلك الطَّعامَ بالثمنِ الَّذي لهُ عليهِ، لم يصحَّ البيعُ:**

ذكره في رواية أبي طالب.

وهو قول مالك.

وقال أبو حنيفة والشَّافعي: يجوز.

دليلنا: أنَّ في ذلك ذريعةً إلى بيع طعام بطعام نسيئاً، وجعلا ذكر

(١) في «ت» و«م»: «ثمَّ».

الثمن طريقاً إلى جواز البيع، والذرائع معتبرة في الأصولِ من الوجهِ الَّذي ذكرنا في مسألة الثمرة إذا تركها حتَّى يبدو صلاحها بما فيه كفاية.

فإن قيل: لو كان غرضه بيع طعام بطعام لكان يجعله قرضاً.

قيل: لا يحصل له القرض؛ لأنَّ الغرضَ المطالبة في الحالِ، وإن أجَّله وعَقَدَ البيعَ، يتأجل بتأجله.

فإن قيل: ليس هذا بيع طعام بطعام، وإنَّما باع الطَّعام الأوَّل بثمن، والطَّعام الثَّاني بثمن، فهما عقدان بثمنين بدلالة: أنَّ الطَّعام الثَّاني لو خرج مستحقاً سُلِّمَ إلى صاحبه، ورجع المبتاع على البائعِ بالثمنِ، ولو كان بيع طعام بطعام لرجع عليه بالطَّعام الأوَّل.

قيل له: قد بينا: أنهما قد يقصدان[1] بذلك بيع الطَّعام بالطَّعام، وإن كان الثمن ثابتاً في ذمته في الظاهرِ، كما أنَّه يجوز أن يكون قصدَ بقرض الإماء أن يطأ[2] في غير ملك يمين، ولا عقد نكاح، وإن كان الظاهر: أنَّه قد ملك الأمة بالقرضِ.

وكذلك قد مُنِعَ من الأكلِ من الهدي إذا عطب دون محلِّهِ، وإن كان تطوُّعاً؛ لجواز أن يكون قصَّرَ في علفه.

* * *

---

(١) في «ت» و«م»: «يقصدا».

(٢) في «ت» و«م»: «لا يطأ».

## ٣٢٠ ـ مَسْأَلَةٌ

**التَّصريةُ تُثبتُ الخيارَ للمبتاع في الردِّ، وردَّ صاعاً من تمرٍ؛ لما احتلَبَهُ من اللَّبنِ:**

نصَّ عليه في رواية الجماعة؛ أبي طالب، وابن إبراهيمَ، وإسماعيل ابن سعيد.

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يملك الرد.

دليلنا: ما روى أحمد في «المسندِ» بإسناده عن الأعرجِ، عن أبي هريرة يبلغ بـه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَلَقَّوْا البَيْعَ، وَلا تُصَرُّوا الغَنَمَ وَالإِبِـلَ لِلبَيْعِ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ؛ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا بِصَاعٍ منْ تَمْرٍ لا سَمْرَاءَ»[١].

وروى بإسناده في لفظ آخر عن أبي هريـرة، عن النَّبيِّ ﷺ: «مَنْ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً أَوْ مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالخِيَارِ؛ إِنْ شَاءَ أَنْ يَرُدَّهَا فَلْيَرُدَّهَا، وإِنْ شَاءَ أَنْ يُمْسِكَهَا أَمْسَكَهَا»[٢].

وروى أبو داودَ بإسناده في لفظ آخر عن أبي هريـرة: أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ اشْتَرَى [شَاةً] مُصَرَّاةً فَهُوَ بِالخِيَـارِ ثَلاثَـةَ أَيَّامٍ؛ إِنْ شَاءَ رَدَّهَا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢٤٨).

وَصَاعًا مِنْ طَعَامٍ لا سَمْرَاءَ»[1].

وروى ـ أيضاً ـ بإسناده عن ابنِ عمرَ: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ ابْتَاعَ[2] مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ ـ أَوْ مِثْلَيْ ـ لَبَنِهَا قَمْحاً»[3].

فوجه الدَّلالة من الخبرِ: أنَّه نهى عن التصريةِ، وأنتم لا تنهون عنها، وجعل التصرية سبباً لثبوت الخيار، وأنتم لا تجعلونها سبباً، وجعل الرد بعد الحلب، وعندكم قبل الحلب وبعده سواء، وأوجب رد الصاع عليه، وهذا يقتضي أنَّ اللبنَ يأخذ قسطاً من الثمنِ، وعندهم لا قسطَ له.

فإن قال بعضهم: هذا يرويه أبو هريرة، وحديثُهُ لا يُعمَلُ عليه.

وقد رُوِيَ عن إبراهيم النخعي أنَّه قال: كان لا يقبل من أخبار أبي هريرة إلا ما فيه ذكر الجنة والنار.

ورُوِيَ عن أبي هريرة أنَّه قال: لو حدَّثت بهذه الأحاديث على عهد عمرَ لرأيت الدرة تصعد على رأسي وتنزل.

فيُقال له: لم لا تعمل بحديثه؟ وهو رجل من أصحاب رسول الله ﷺ؟ وقد أثنى الله ـ تعالى ـ على الصَّحابةِ، ورضي عنهم، وزكَّاهم، وأخبرنا بإيمانهم وتقواهم، وأبو هريرة ﷺ داخل في جملتهم، ومن

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٤٤). ورواه مسلم (١٥٢٤) كذلك.

(٢) في «ت» و«م»: «باع».

(٣) رواه أبو داود (٣٤٤٦)، وابن ماجه (٢٢٤٠).

يتنقص[1] منه فإنَّما يدخل في مذهب الرافضة في القصرِ من الصَّحابة، ونعوذُ باللهِ.

وقال أحمد في رواية محمَّد بن منصور الطُّوسي: رأيتُ النَّبيَّ ﷺ في المنامِ، فقلت: يا رسول الله! كلُّ ما روى أبو هريرة عنك حق؟ قال: نعم[2].

وقد قال أبو عُبيدٍ القاسم بن سلام في كتابه المسمى بـ «الحجرِ والتفليس»: ناظرتُ محمَّد بن الحسن، فاحتججتُ عليه بحديث أبي هريرة: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»[3].

فقال: هذا من أخبار أبي هريرة.

قال أبو عُبيدٍ: وكان ما هرب إليه أشدَّ مما هرب منه.

وقد روى عنه جماعة من الصَّحابةِ مثل: عبدالله بن عبَّاس، وعبدالله

---

(١) في «ت» و«م»: «ينقص».

(٢) انظر «المقصد الأرشد» لابن مفلح (٢/ ٤٩٣).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٣٦٠). قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٨): قال ابن عبد البر: هذا الحديث لا يرويه غير أبي هريرة، وحكى البيهقي مثل ذلك عن الشافعي ومحمد بن الحسن. وفي إطلاق ذلك نظر؛ لما رواه أبو داود والنسائي عن سمرة بلفظ: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به، ولابن حبان في «صحيحه» من طريق فليح، عن نافع، عن ابن عمر بلفظ: «إذا عدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه، فهو أحق به».

ابن عمر، وأنس، وعمرو بن حزم، وعمـرو بن حريث، وحدَّث عنـه طلحة بن عبيدالله، وأبو أيوب الأنصاري.

وقال البخـاري في [. . . .][1]: حدَّث عن أبي هريـرة سبع مئـة من أولاد المهاجرين والأنصار.

وهذا يدلُّ على علمـه ودينـه وثقتـه، والَّذي رُويَ عن إبراهيم لا يصحُّ عنـه، وكيف يصحُّ وقد روينا من عمل الصَّحابة بروايته وعمل التابعين ما يدلُّ على كذب ذلك؟!

وعلى أنَّ هذا متناقض؛ لأنَّه إذا جاز العمل بخبره فيما فيه من ذكر الجنة والنار، وتصديقه فيـه، وجـب ذلك في جميع أخباره ورواياته، ولا فرق بينهما.

والَّذي رُوِيَ عنه أنَّه قال: لو حدَّثت بهذه الأحاديث في عهد عمر رأيت الدُّرة تصعد.

فيجوز أن يكون لعمر مذهـب في قَبولِ الأخبـار، كما كان لعليٍّ مذهب في قَبولها، وهو: أن يستحلف الراوي عليها.

فإن قال هذا القائل: إنَّما لم أقبلْ خبـره، لا لطعن في دينه، لكن لأنَّه كان يُكثرُ الرِّوايةَ عن النَّبيِّ ﷺ، فيقلُّ ضبطه لها.

قيل له: هذا يدلُّ على غزارة حفظه، وسعة علمه، ومثلُهُ في ذلك

(١) بياض في «ت» و«م».

كما قال البُحْتُرِيُّ:

إذَا مَحَاسِنِي اللاتِي أُدِلُّ بِهَا
عُدَّتْ ذُنُوباً، فَقُلْ لِي: كَيْفَ أعْتَذِرُ؟!

وكما قال بعضهم:

كَضَرَائِرِ الحَسْنَاءِ قُلْنَ لِوَجْهِهَا
حَسَداً، وَبَغْياً: إنَّهُ لَذَمِيْمُ

وقد أجاب أبو هريرة عن هذا فيما رواه أحمد في «المسندِ» بإسناده عن الأعرجِ، عن أبي هريرة: إنَّكم تقولون: أكثرَ أبو هريرة عن النَّبيِّ ﷺ، واللهُ الموعدُ! إنَّكم تقولون: ما بالُ المهاجرين لا يحدِّثون عن رسول الله ﷺ بهذه الأحاديث، وما بال الأنصار لا يحدِّثون بهذه الأحاديث، وإنَّ أصحابي من المهاجرينِ كانت تشغلهم صفقاتهم في الأسواقِ، وإنَّ أصحابي من الأنصارِ كانت تشغلهم أرضوهم والقيام عليها، وإنِّي كنتُ امرأً معتكفاً، وكنتُ أُكثرُ مجالسةَ رسول الله ﷺ؛ أحضرُ إذا غابوا، وأحفظ إذا نسوا، وإنَّ النَّبيَّ ﷺ حدَّثنا يوماً، فقال: «مَنْ بَسَطَ ثَوْبَهُ حتَّى أفْرَغَ مِنْ حَدِيثِي، ثمَّ يَقْبِضُهُ إليه؛ فَإنَّهُ لَيس يَنْسَى شَيْئاً سَمِعَهُ مِنِّي أَبَداً»، فبسطتُ ثوبي، أو قال نمرتي، ثمَّ حدَّثنا، فقبضته إليَّ، فوالله ما نسيتُ شيئاً سمعته منه، وايم الله! لولا أنَّه في كتاب الله ما حدَّثتكم بشيء أبداً، ثمَّ تلا: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَآ أَنزَلْنَا مِنَ ٱلْبَيِّنَٰتِ

﴿وَالْهُدَىٰ﴾[البقرة: ١٥٩] الآيةَ كلَّها[١].

وروى أحمد بإسناده عن أبي هريـرة قال: ليس أحدٌ أكثـرَ حديثاً عن رسول الله ﷺ مني، إلا عبدالله بن عمرو؛ فإنَّه كان يكتب، وكنـت لا أكتب[٢].

وعلى أنَّ أبا حنيفة ترك القياس بحديث أبي هريرة في الأكلِ ناسياً.

وعلى أنَّ أبا داود قد روى ذلك عن ابنِ عمرَ.

فإن قيل: قد توقَّف قوم من الصَّحابةِ في روايته:

فروى: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ أَصْبَحَ جُنُباً، فَلا صِيَامَ لَهُ»، فقالت عائشة: يرحم الله أبا هريرة! نحن أعلم بهذا منه[٣].

وروى: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «الوُضُوءُ مِمَّا مَسَّت النَّـارُ»، فقال ابنُ عبَّاس: ألسنا نتوضَّأ بالحميمِ؟!

وروى: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَنَامِـهِ، فَلا يَغْمِسْ يَدَهُ فِي الإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلاثاً». قال لـه الأشجعي: فما يصنع بالمهراس؟!

قيل له: ما ذكرتموه ليس بردٍّ لرواية أبي هريرة، وإنَّما هو تأويل

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢٧٤).

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢٤٨).

(٣) رواه الإمام مالك في «الموطأ» (١/ ٢٩٠)، وأحمد في «المسند» (٦/ ٢٠٣).

منهم لما رواه من الأخبارِ؛ إمَّا بنسخ ثبت عنـدهم بخبر آخرَ أو تأويل، كما رُوِيَ: أنَّ الأنصارَ رَوَتْ: «المَاءُ مِنَ المَاءِ»، فرُدَّ عليهم ذلك؛ لأنَّ الخبرَ منسوخ.

فإن قيل: هذا الخبر غير مضبـوط في الأصلِ لاختلاف ألفاظـه؛ فروى: «مَن اشْتَرَى شَاةً مُصَرَّاةً، أوْ لَقْحَةً مُصَرَّاةً، فَحَلَبَهَا، فَهُوَ بِخَيرِ النَّظَرَينِ؛ بَينَ أنْ يَخْتَارَهَا، وَبَينَ أنْ يَرُدَّهَا وَإِنَاءً مِنْ طَعَامٍ»[1].

فذكر خياراً غير مؤقَّت، وذكر إناء من طعام.

وروى: «فَهُوَ بِالخِيَارِ؛ إنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ»[2].

وفي حديث آخر: «صَاعاً مِنْ طَعَامٍ لا سَمْرَاءَ»[3]؛ يعني: لا حنطة، وهذا يقتضي الشعير.

وروى: «مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَلْيَنْقَلِبْ[4] بِهَا؛ فَلْيَحْلُبْهَا؛ فَإنْ رَضِيَ حِلابَهَا أَمْسَكَهَا، وَإلا رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ»[5].

فهذه الأخبار ليس فيها توقيت الخيار.

وروى أخباراً فيها توقيت؛ فروى: «مَنْ ابْتَاعَ شَاةً مُصَرَّاةً فَهُوَ فيها

---

(١) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في «ت» و«م»: «فاستقلب».

(٥) رواه مسلم (١٥٢٤).

بِالخِيَـارِ ثَلاثَـةَ أَيَّامٍ؛ فَإِنْ شَاءَ أمسكها، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ معَهَا صَاعَ تَمْرٍ»[1].

فلمَّا اختلفت ألفاظـه في مقـدار المردود، وفي إطلاق الخيـار وتوقيته، عُلِمَ أنَّه غير مضبوط.

قيل له: هذا النوع من الاختلافِ [لا][2] يوجب اضطراب الخبر؛ فإن كلَّ لفظ منه يعاضد صاحبه، ويبينه؛ لأنَّـه في موضـع أطلق أنَّ لـه الخيار، وفي موضع فسَّرَ المدة بالثلاث، فكان خاصاً يُقضَى به على المطلقِ.

وإنَّما تدلُّ على الاضطـرابِ إذا كانـت ألفاظاً مختلفةً لا تتَّفق، ولا يمكن الجمع بينها.

فإن قيل: المراد عندنا بالخبرِ: [أنَّه][3] إذا شرط في عقد البيع أنَّ حلابها كذا وكذا، فيفسد العقـد لأجل الشرط، وإذا تبيَّن نقصان اللبن عمَّا شرط كان بالخيارِ:

إن شاء أسقط الشَّرط، ورضي بها، فيصحُّ البيـع؛ لأنَّ العقـدَ إذا فسد بشرط ملحق به، ثمَّ أسقطَ صار كأنَّ العقدَ وقع عارياً عن الشرطِ، فيصحُّ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٣) في «ت» و«م»: «عندنا بالخبرِ عندنا».

وإن شاء فسخه، وردَّها؛ لأنَّ العقدَ فاسد.

قيل له: هذا التَّأويل مخالف لجميع ما نقلَ في الخبر؛ لأنَّه قال: «لا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ لِلْبَيعِ»(1).

فعلَّق الحكمَ بالتصريةِ، وفي الموضعِ الَّذي ذكروه الحكمُ متعلِّق بالشَّرطِ.

ثمَّ قال: «فَمَنْ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا».

ولا أثر[لـ]ـهذا الحلب في ذلك الموضع، [وإنَّما] يحتاج أن يتَّفق البائع والمشتري على إسقاط الشَّرط، وإقرار العقد.

وقال: «رَدَّهَا وَصَاعاً منْ تَمْرٍ».

وفي ذلك الموضع لا يجب ردُّ التمر.

فإن قيل: فهذا الخبر مخالف للأصول، وخبر الواحد إذا خالف الأصول وجب ردُّه.

ووجه المخالفة: من وجوه:

أحدها: أن من أتلف شيئاً لـه مثل، وجـب عليه رد مثله، واللبن له مثل.

ولأنَّه يؤدِّي إلى أن يُقوَّم عليه اللبن بصاع، ثمَّ سواء كانت قيمته صاعاً، أو أقل، أو أكثر، وهـذا مخالـف للأصول؛ لأنَّ من غصبَ من رجل لبناً، واستهلكه، لم يقوَّمْ عليه بصاع من تمر.

---

(1) تقدم تخريجه.

ولأنَّ القيمةَ يُصارَ إليها عند فوات العين، وعندهم: أنَّ اللبنَ لو كان قائماً بعينه، فأراد المشتري ردَّه، لم يُجبَر البائع على قَبوله، وكان له أن يطالبه بصاع تمر.

ولأنَّه يجوز أن يكون ثمن الشاة في الأصلِ صاع تمر، فإذا ردَّها، وردَّ معها صاعاً من تمر، حصل للبائع الشاة ومقدار ثمنها، ويجوز أن يكون ثمنها أقلَّ من صاع، فتحصل له الشاة وأكثر من ثمنها.

قيل له: الخبر إذا كان مخالفاً للأصول كان أصلاً بنفسه، وثبت كثبوت سائر الأصول، ووجب المصير إلى موجبه، كما يجب المصير إلى غيره، فلئن وجب ردُّه لمخالفة الأصول، وجب ردُّ الأصول لمخالفته.

ولا يمتنع أن تكون الأصول مختلفة، ولهذا عمل أبو حنيفة بخبر نبيذ التمر في الوضوءِ، وخبر القهقهة، وخبر الأكل ناسياً مع اعترافه أنَّه مخالف للأصول المرتبة في الشريعةِ، كذلك هاهنا.

وعلى أنَّ ليس فيما ذكروه مخالفة للأصول.

فأمَّا قولهم: (إنَّ من أتلف شيئاً له مثل، وجب رد مثله، واللبن له مثل)، فلا يصح؛ لأنَّه إنَّما يجب رد مثله إذا كان معلوماً، واللبن هاهنا مجهول المقدار؛ لأنَّه في الضرعِ، وقد اختلط بما حدث بعد العقد للمشتري، ولا سبيلَ له إلى الوقوفِ على قدره، [و]في إيجاب عوضه من جنسه ما يؤدِّي إلى الربا؛ لأنَّ الصاعَ منه يجوز أن يزيد عليه، ويجوز أن ينقص عنه، فيكون رباً، فأوجب من جنس التمر؛ لئلا يؤدِّي إلى الربا.

فإن قيل: لو اختلط لبن شاته بلبن شاة غيره، لم يجب العدول إلى غير جنسه، بل يُجعَل بينهما.

قيل له: ذلك اللبن لا سبيلَ إلى الوقوفِ على مقداره قبل الخلط، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّـه لا سبيلَ لنا إلى معرفة مقداره؛ لأنَّ اختلاطه من أصل الخلقـة، فهو كالجنينِ؛ لا سبيلَ لنا إلى معرفـة صفته بحال، فجُعِلَ فيه الغرَّةَ قطعاً للخصومة.

وجواب آخر، وهو: أنَّ المضمونات على ضربين:

منها ما يُضمَن بالمثلِ.

ومنها ما يُضمَن بالقيمةِ.

وما يُضمَن بالقيمةِ من جنسه ما لا يُضمَن بالقيمةِ، كالعبيد؛ يُضمنون بالقيمةِ، والأحرار من جنسهم لا يُضمنون بالقيمةِ، وجب أن يكون من جنس ما يُضمَن بالمثلِ ما لا يُضمَن بالمثلِ، ويضمن بالقيمةِ.

وأمَّا قولهم: (هذا يؤدِّي إلى أن يضمنه بأكثر من قيمتـه، أو أقل)، فلا يصحُّ أيضاً؛ لأنَّه إنَّما لا يجوز ذلك في الموضعِ الَّذي يُعرَف مبلغَ المتلف، وفي هـذا الموضـع اللبن مجهـول المقدار، فيقع التداعي والخصومـة في قدره، فأوجـب فيـه النَّبيُّ ﷺ مقـداراً معلوماً قطعـاً للخصومة، كما أوجب ذلك في الجنينِ غُرَّة؛ عبداً أو أمة؛ سـواء كان ذكراً أو أنثى؛ لقطع الخصومة، ولأنَّه قد لا يبين فيه أنَّه ذكر، أو أنثى، وربَّما خرج منقطعاً.

فإن قيل: لم يوجبْ في الجنينِ الغرَّة لما ذكرت؛ لأنَّه لو كان كذلك، لوجب إذا اختلط لبن غيره بلبن شاة نفسه أن يجب فيه شيء مُقدَّر.

قيل له: قد أجبنا عن هذا، وبيَّنَّا الفرق بين اختلاط اللبن من أصل الخلقة، وبين اختلاطه بعد ذلك. فإن قيل: لو لم يوجب الغرة لكان قياس الأصول، فوجب أن يكون القول قول الجاني مع يمينه، وتنقطع الخصومة؛ لأنَّه هو الذي يلزمه الضمان، ومن لزمه الضمان بشيء فالقولُ قولُهُ فيه، وقد أوجب فيه الغرة مع إمكان الفصل بينهما بالتمييزِ، [فـ]ـعُلِمَ أنَّه لم يوجبْ لما ذكرته.

قيل له: إنَّما لم يقطع الخصومة باليمين؛ لأنَّه يؤدِّي إلى إسقاط الضمان، والدماءُ يُحتاط لها، فلمَّا أوجب الضمان في ذلك قدره بالغُرَّةِ قطعاً للخصومة؛ لأجل الاختلاف والاحتمال الحاصل في ذلك.

وأمَّا قولهم: (إنَّ القيمةَ يصار إليها عند فوات العين، واللبن هاهنا قائم بعينه)، فلا يصح.

قيل له: باختلاطه باللبنِ الحادث فقد فاتت العين، ولهذا رجع إلى قيمتها.

وأمَّا قولهم: (إنَّه يجوز أن تكون قيمة الشاة صاعاً، فيردها، ويرد معها صاعاً، فيجتمعُ له الثمن والمثمن)، فلا يصح؛ لأنَّ الصاعَ الَّذي يأخذه ليس ببدل عن الشاةِ، وإنَّما هو بدل عن اللبنِ الَّذي احتلبه، فلا يؤدِّي إلى اجتماع العوض والمعوض.

وعلى أنَّ مثل هذا موجود في الأصولِ، وذلك أنَّ رجلاً لو ملك عبداً قيمته صاع[1] من تمر؛ فإنَّه تجب عليه زكاة الفطر صاع من تمر، وإن كانت الأصول مبنية على أنَّ زكاة المال لا تكون مثل المال، بل يؤدِّي قليلاً من كثير.

والقياس أنَّه [تد]ليس بما يختلف به الثمن، فوجب أن يثبت الخيار.

أصله: إذا سَوَّدَ شعر الجارية المبيعة، ثمَّ نصل الخضاب[2]، وصارت شَمْطاء؛ فإنَّ الخيارَ للمشتري.

وكذلك لو باع رجلاً [أرضاً] قد صرَّ صاحبها الماء، وجمعه في موضع، ثمَّ أرسل عند العقد حتى شاهده المشتري، فرغب في الشراءِ، ثمَّ نقص الماء، وعلم أنَّه صرَّاه؛ أنَّه يملك الخيار في الفسخِ، كذلك هاهنا.

ولا يلزم عليه إذا علف الشاة حتَّى امتلأت خواصرها، وصارت كأنَّها حبلى؛ لأنَّ هذا ليس بتدليس على ما نبينه فيما بعد.

فإن قيل: الشَّمط عيب، فإذا دلَّس به ثبت الخيار، وليس كذلك نقصان اللبن؛ فإنَّه ليس بعيب، فتدليس البائع إياه لا يثبت الخيار، وكذلك نقصان الماء عن دوران الرَّحل عيبٌ في نفسه.

---

(١) في «ت»: «صاعاً».

(٢) في «ت» و«م»: «الخطاب».

قيل له: الشمط ليس بعيب؛ لأنَّ ذلك من [أصل][1] الخلقـة؛ لأنَّ اللهَ ـ تعالى ـ خلق الشعر على صفـة قـد يكون في بعض أحواله أسود، وفي بعضه أبيض، ولعله يمكث في حال بياضه أكثرَ وأمدَّ.

فإن قيـل: فيجب إذا اشترى جاريـة، ووجد شعرها أبيض، أن لا يكونَ لـه ردُّها بذلك، إلا أن يكـون شرط سواده، أو دلَّس البائـع بتسويده، فيثبت الخيار، كما إذا سوَّد البقرة، ثمَّ تبيَّن أنَّها شقراء، كان لـه الخيار، وإن لم يسوِّده إلا أنَّـه وجدها شقراء، لم يكنْ له الخيار.

وقد أومأ أحمد إلى هذا في رواية حنبل: وذُكِرَ لـه قول شُرَيحٍ: إنَّه كان يرد من الشامةِ ومن الشيب إذا غُيِّر. فقال أحمد: هذا نقص في السلعةِ، وهو عيب يرد به.

فجعله عيباً عند التدليس.

واحتجَّ المخالـف بأنَّ نقصان اللبن، أو فقـده أصلاً، ليس بعيب في الشاة[2]، ألا ترى أنَّه لو اشتراها، ولم تكن مصراة، فوجدها تحلب قليلاً، أو لم يكنْ لها لبنٌ أصلاً، لم يكنْ له أن يردها؟

فتدليسُ البائع وإيهامه أنَّها على الصفـةِ الَّتي ظنَّها المشتري لا يثبت الخيـار، إذا وجدها المشتري على خلاف ما ظنَّـه، كما لو أشبعها، أوسقاها، فامتلأت خواصرها، وانتفخت، فظنَّ المشتري أنَّها حامل، ثمَّ

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «م».

(٢) في «ت» و«م»: «الشاهدِ».

تبيَّن أنَّها حائل، لم يكن له أن يردَّها للمعنى الذي ذكرنا.

وكذلك لو سوَّد أناملَ عبده، وترك بين يديه دواةً وقلماً وقرطاساً، فظنَّ المشتري أنَّه كاتب، ثمَّ تبيَّن أنَّه ليس بكاتب؛ أنَّـه ليس لـه أن يرده؛ لأنَّ فَقْدَ هذا المعنى ليس بعيب فيـه، فإيهام البائع أنَّـه على هذه الصفة لم يثبتْ للمشتري الخيار، كذلك في مسألتنا.

والجواب: أنَّ هـذا يبطل بـه إذا سوَّد الشعر؛ فإنَّ البياضَ ليس بعيب، ومع هذا إذا قصد التدليس بسواده ملك الخيار.

وعلى أنَّ امتلاء الخواصر بالعلف ليس بتدليـس، وكذلك سواد أنامل العبد؛ لأنَّ انتفاخ الخواصر وامتلاءها يكون كلَّ يوم من العلفِ، فمن قدَّره أنَّه حمل، فإنَّما غلط فيه من غير تدليس من البائعِ.

وكذلك المداد على الثوبِ قد يكون لأنَّـه صاحب دواة، أو غلام لولده في الكتَّابِ، وإذا كان كذلك، كان تقديره باطلاً، وقد أُتِيَ[1] من قبل نفسه دون البائع.

والَّذي يبيِّن صحَّة هذا: أنَّـه لو ابتاع شاة ضرعها عظيم الخلقة، فظن ذلك لكثرة اللبن، ثمَّ بان ذاك لكثرة لحمه وعظمه، لم يكنْ له الردُّ؛ لعدم التدليس من البائع، وإن كان المشتري قد ظن كثرة اللبن.

واحتجَّ بأنَّ نقصان اللبن لو كان عيباً، لكان كماله من موجب العقد،

---

(١) في «ت» و«م»: «أُوتي».

ولو كان من موجبه لكان فقده عيباً[1]، ألا ترى أن نقصان سائر الأعضاء لمَّا كان عيباً، كانت سلامتها من النقصِ موجبة بالعقدِ، وإذا وُجِـدَ شيء منها ناقصاً[2] كان لـه الخيار؛ سواء أوهم البائع في العقدِ أنَّها سليمة وأنَّها صحيحة، أو لم يوهمْ، ألا ترى الشَّمط في الجاريةِ؛ لمَّا كان عيباً، كان فقده عنها وذهابه من مقتضى العقـد، فمتى وجدها على هذه الصفـة، كان لـه أن يردَّها؛ سواء أوهم البائع في حال العقد بتسويد شعرها، أو لم يوهم.

والجواب: أنَّه لا يمتنع أن يثبت الفسخ بالإيهام والتدليس، وإن لم يثبتْ بالإطلاقِ بدليل: أنَّـه لو باعه رحى قد صرَّ الماء في موضع، وأجراه حين العقـد، ملك الفسخ، ولو لم يفعـلْ هـذا لم يكنْ للمبتاع الفسخ.

وكذلك لو ابتاع عبداً على أنَّه خبَّاز، فبان بخلافه، ملك الفسخ؛ لأنَّه كالمدلسِ له بالشَّرطِ، ولو لم يشرطْ ذلك، لم يكنْ له الفسخ.

واحتجَّ بأنَّ التصريةَ لو كانت عيباً يُثبِـت الخيارَ للمشتري لوجب أن يكون الخيار مبهماً، ولا يكون موقَّتاً بالثلثِ، كسائر العيوب لا يتوقت الخيار فيها؛ لأنَّ عندنا وعندكم إذا علم العيب فهو على خيـاره ما لم يرضَ به، أو يفعلَ ما يُستدَلُّ به على الرِّضا، وعند غيرنا إذا علم بالعيبِ،

---

(١) في «ت»: «فقده وتدليس عيباً»، وموضعها غير واضح في «م».

(٢) في «ت» و«م»: «نقصاً».

فلم يردَّه مع القدرة على الردِّ بطل خياره.

وقد قلتم في مسألتنا: لو علم بالتصريـةِ قبل مضي الثلاث، فلم يردَّها، وأمسكها إلى تمام الثلاث، [فـ]إنَّه يبطل خياره، علم أنَّها ليست عيباً، وهـو ظاهر كلام أحمـد في روايـة إسحاق بن إبـراهيمَ: يحبسها ثلاثة أيَّام.

والجواب: أنَّه لابدَّ هاهنا من مضي مدة لتحقق التصرية، فقدرت بثلاثة أيَّام، كما لو قدَّر مخالفنا خيار الشَّرط بثلاثة أيَّام.

* * *

## ٣٢١ ـ مَسْأَلَة

## إذا ابتاعَ جاريةً فولدت، أو نخـلاً فأثمـرت، ثمَّ ظهر على عيب، كان له الردُّ بالعيبِ، وإمساك النَّماء:

نصَّ على هذا في رواية أبي طالب في رجل اشترى أمـة، فولدت عنده: فإن شاء ردَّها، وإن شاء أمسكها. ومعناه: يردها بالعيب.

فقد أثبت لـه الرد هاهنا، وإن لم يبينْ حكم الولد؛ هل هـو له، أم لا؟

وقال في رواية ابن منصور: إذا اشترى غنماً، فنمت، ثُمَّ استُحقَّت، فالنماءُ له، إلا في المصرَّاةِ؛ فإنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «يَرُدُّ مَعَهَا صَاعاً»، وأمَّا غيـر ذلك فالخراجُ بالضَّمانِ. فقيل لـه: قال الثوري: يردها ونماءها، والجارية إذا ولدت مثل ذلك. فقال أحمد: لا.

فقد نصَّ على أنَّه يملك الردَّ، ويمسك النماء.

ونقل ابن منصور في موضع آخر في من اشترى سلعة، فنمت عنده، وبان بها داء: فإن شاء[1] المشتري حبسها، ورجع بقدر الداء، وإن شاء ردَّها، ورجع عليه بقدر النماء.

فظاهر هذا: أنَّـه لم يحكمْ لـه بالنماء، والأوَّل أصح، وبه قال الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: ليس له الردُّ، ويرجع بأرش العيب.

وقال مالـك في الجاريـةِ: يـردُّها، ويـردُّ ولـدها. وفي الثمـرةِ: يمسكها، ويردُّ الأصل.

فالدَّلالة على أنَّ حدوث النماء لا يمنع الردَّ في الجملةِ: أنَّ النماء معنى إذا تلف لم يمنع من ردِّ الأصل بالعيب، فوجب أن لا يمنع مع ثباته.

أصله: الكسب.

وقيل: لا يمنعْ من الردِّ بعد فواته، فلا يمنع من ثباته.

وقيل: لا يمنع من الردِّ بعد فنائه، فلا يمنع مع ثباته، كالكسب.

فإن قيل: إذا تلف النماء فكأنَّـه لم يُوجَدْ، كما إذا حدث في يده عيب، لم يجـزْ لـه ردُّه، فإذا زال العيـب، كـان لـه ردُّه، وكان بمنزلـة ما لم يُوجَد.

---

(١) في «ت»: «كان»، وموضعها غير واضح في «م».

قيل له: فيجب إذا أتلفه أن يجوز لـه ردُّه، ويكون بمنـزلـة ما لم يوجدْ، وقد قلت: لا يجوز له رده، وإن كان قد تلف[1]. . .

وليس كذلك العيب؛ فإنَّـه لا فرقَ بين أن يزول بنفسه، وبين أن يزيله مثل الآثار الَّتي تزال بالعلاج.

فإن قيل: المعنى في الكسبِ: أنَّه بدل منافع المبيع، وليس بنماء حادث من[2] نفسه، وليس كذلك الولد والثمرة؛ فإنَّهما حادثان من نفس المبيع، فلم يجز [ردُّ] ذلك الأصل، وتبقية النماء الحادث منه.

قيل له: المنفعة حادثة من نفس المبيع، وبدلها قائم مقامها، وذلك كان بمنزلة الولد والثمرة الحادثان من نفس المبيع.

ولأنَّ سبب ملك الكسب، وهو سبب ملك الولـد والثمرة؛ لأنَّ المشتريَ يملك الكسب بملك الأصل، كما يملك الولد والثمرة بملك الأصل، والبيع سبب الملك للأصل، فكان حكمُ الكسب حكمَ النماء، فإذا كان الكسب لا يمنع من الردِّ، كذلك النماء.

ولأنَّ الولدَ مودع في الأمِّ غير متصل بها، والثمرة متصلة بالأصلِ لا تنفصل إلا بالقطعِ، وحكمهما[3] سواء، كذلك الكسب يجب أن يكون حكمه حكمها، وإن خالفهما.

(١) ثمة خلل أو نقص هنا، والله أعلم.

(٢) في «ت»: «عن».

(٣) في «ت» و«م»: «حكمها».

فإن قيل: الكسب ليس بموجب بالعقدِ، والولد موجب به، فلا يجوز أن يفسخ العقد فيها، ويبقى موجبه في يده.

قيل له: الكسب بمنزلة النماء من الوجهِ الَّذي ذكرنا، وهو أن سبب ملك الكسب هو سبب ملك الثمرة، والثمرة والولـد موجب بالعقدِ، كذلك الكسب.

ولأنَّ الكسبَ قائم مقام المنفعة الحادثة من نفس المبيع وبدلها، وكذلك[1] الثمرة والولد.

فإن قيل: المغرور لا يرجع على البائعِ بما غرم من الكسبِ، ويرجع بما غرم من قيمة الولد والثمرة.

قيل له: يرجع على إحدى الروايتين، وهي المشهورة.

فإن قيل: أليس قد قال أحمد في رواية إبراهيم بن هانئ في امرأة أقرَّت أنَّها أمَةٌ، فباعها رجل، ووطئها المشتري: فليس لها شيء؛ لأنَّه وطئها على أنَّها أمته.

فقد أسقط المهر هاهنا.

قيل له: إنَّما أسقطه؛ لأنَّ الغرورَ جاء من جهة المستحق، وهي المرأة، فلهذا لم تستحق؛ لأنَّها أذنت له في وطئها.

وقياس آخر، وهو: أنَّه نماء حادث في ملك المشتري، فوجب أن لا يمنع من ردِّ الأصل بالعيبِ.

---

(١) في «ت» و«م»: «وكانت».

دليله: إذا حدث في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري.

ودليله: النماء المتصل، كالسمنِ والطول.

فإن قيل: المعنى فيه إذا حدث في يد البائع: أنَّه دخل في التسليمِ المستحق بالبيعِ، فصار بمنزلة المبيع، وليس كذلك إذا حدث في يد المشتري؛ فإنَّه لم يدخلْ في البيعِ، ولا في التسليمِ المستحق بالبيعِ، فلم يجز ردُّه بالعيبِ، ولا ردُّ الأصل مع تبقيته.

قيل له: النماء الحادث في يد البائع قبل التسليم لم يدخلْ عندنا في التسليمِ المستحق بالبيعِ، وإنَّما وجب عليه تسليمه إلى المشتري بحقِّ الملك دون العقد، وقد قال أصحابنا: إذا أصدقها غنماً بعينها، فتوالدت، ثمَّ طلقها قبل الدُّخول، كانت الأولاد لها.

ولم يفرِّقوا بين أن يحدث الأولاد في يد الزوج، أو في يدها.

وأمَّا علَّة الفرع؛ فإنَّها منتقضة بالزِّيادةِ المتصلة؛ فإنَّها لا تمنع من الردِّ، ولم تدخل في البيعِ، ولا في التسليمِ المستحق بالبيعِ.

وقياس آخر، وهو: أنَّ كلَّ عقد لا يمنع وجود الكسب والنماء المتصل.

دليله: الهبة؛ فإنَّ الرجوعَ في الهبةِ لمَّا جاز مع وجود الكسب من الموهوبِ، جاز مع وجود النماء فيه.

فإن قيل: النماء غير موجب بعقد الهبة، وهو موجب بعقد البيع.

قيل: هو موجِب بهما؛ لأنَّ العقدَ سبب ملك النماء على ما تقدَّم بيانه.

فإن قيل: المغرور[1] يرجع على البائعِ بقيمة الولد، ولا يرجع المغرور على الواهب.

قيل له: يرجع في الهبةِ على الواهب، كما يرجع على البائع؛ لأنَّ الغرورَ منهما واحد.

وقياس آخر، وهو: أنَّ النماء معنى لم يحصلْ به نقص في عين المبيع، ولا في قيمته، فلم يبطل به حق الردِّ إذا لم يتضمَّن الرِّضا بالعيبِ.

دليله: الاستخدام وركوب الدابة.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ الولادةَ وحدوث الثمرة وحلب لبن المصرَّاة ليس بنقص في العينِ، ولا في القيمة[2]، [و]أنَّ ذلك لو وُجِدَ في يد البائع قبل القبض لم يثبتْ للمشتري فيه حقُّ الردِّ، ولو كان نقصاً لثبت له ذلك.

ولا يلزم عليه إذا زوَّج العبد والأمة، أو أحدهما؛ لأنَّ ذلك ـ وإن لم يكنْ نقصاً في العقدِ ـ فإنَّه نقص في القيمةِ.

على أنَّ أحمد قد توقَّف عن الجوابِ في ذلك، فقال مهنا: سألته

---

(١) في «ت» و«م»: «الغرور».

(٢) في «ت» و«م»: «قيمته».

عن رجل اشترى جارية، فزوَّجها رجلاً، فولدت منه، ثمَّ ظهر بها عيب، فأعرض عني، ولم يخبرني بقوله، وقال: قد اختلفوا، ولو قلت معنى لم يتضمَّن الرِّضا أجزأ[1].

وأجود من هذا أن نقول: أصاب عيباً لم يقفْ على محلِّه، فملك الرد، كما لو لم يَنْمُ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو جاز له أن يردَّها بالعيبِ لم يخلُ؛ إمَّا أن يفسخ العقد بالجاريةِ والولد، أو فيها دون الولد.

ولا يجوز أن يفسخ فيهما؛ لأنَّ الولدَ لم يقعْ عليه العقد، ولم يدخل في التسليمِ الموجب بالعقدِ.

ولا يجوز أن يفسخ فيها دون الولد؛ لأنَّ الولدَ ـ وإن لم يقعْ عليه العقد ـ فهو موجب بالعقدِ بدليل: أنَّ المغرورَ يرجع بقيمة الولد على الغارِّ، فلولا أنَّ البائعَ قد أوجب له سلامة الولد، كما أوجب سلامة الأم لَما رجع عليه بقيمته، كما لا يرجع بسائر ما يستحق عليه مما لم يوجبْ له البائع سلامته.

وإذا ثبت أنَّ الولدَ موجب بالعقدِ، لمَ يفسخ العقدَ في الأمِّ، ويبقى موجبه في يد المشتري؟

فإذا بطل الوجهان لم يبقَ فيها لجواز الفسخ وجه، ولا يشبه الجارية الموهوبة إذا ولدت في يد الموهوب له ولداً، ثمَّ أراد الواهب أن يفسخ

---

(١) كذا في «ت» و«م».

الهبة في الأمِّ؛ أنَّه يجوز، ولا يمنع الولدُ الرجوعَ في الأصل؛ لأنَّ ولد الموهوبة غير موجب بعقد الهبـة، ألا ترى أن الموهوب لـه [إذا] استولدَ الجارية، فاستحقها رجل، أخذ الجارية، وضمَّنه قيمة الولد، ولا يرجع الموهوب له على الواهبِ بما ضمن، والمشتري يرجع.

ولا يلزم عليـه الكسـب؛ لأنـه ليـس بموجـب بالعقـدِ، والولـدُ موجب به.

والجواب: أنَّ هذا منتقض بالكسبِ، وبالرجوع في الهبةِ من الوجهِ الَّذي ذكرنا، وأن ذلك موجب بالعقدِ، ومع هذا لا يمنع.

وعلى أنَّه لا يمتنع رفع العقد مع بقاء موجبـه، كما يتزوَّج امرأة، ثمَّ يطلقها، فيبقى تحريم أمها، وتحريمها على ابنه وأبيه، ويفسخ البيع، ويبقى المبيع في يده على ضمان البيع.

وقد قيل في جواب هذا طريقـة أخرى، [وهي][1]: أنَّ الأولاد ليسوا من موجب العقد؛ لأنَّهم لمْ يكونوا موجودين حال العقد، وإنَّما يتعلَّق حكم العقود بالأعيانِ.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ حالفاً لو حلف: أن لا يأكل ممَّا اشتراه زيد، فأكل من نتاج ذلك الشيء ولبنه، لم يحنثْ.

فثبتَ أنَّ العقدَ لم يتعلقْ بهم[2]، وإنَّما رجع المشتري على البائـعِ

---

(١) ما بين معكوفتين ليس في «ت»، وموضعها بياض في «م».

(٢) في «ت» و«م»: «به».

بقيمة الأولاد؛ لأنَّه ضمن لـه سلامة المبيع، ومن سلامتـه أن لا يلزمـه غرم لأجله، فحين لم يسلمْ له ذلك رجـع عليه بما غرمـه، ألا ترى أنَّ الثمنَ الَّذي غرمه المشتري بالعقـدِ لا يتوزَّع على الأمَّ وعلى الأولاد، فلم يرجـع بالثمنِ لأجل الأم، وبالقيمـةِ لأجل الأولاد؟ ولو كان العقد قد تناول الجميع، وتعلق حكمـه بهم؛ لتوزع الثمن عليهم، كما يتوزَّع على سعرٍ، يعقد عليها عقداً واحداً.

واحتجَّ بأنَّ من أصلنا: أنَّ الردَّ بقضاء قاضٍ يوجب رفع العقد من الأصلِ، وعود الشيء إلى ملك البائع على حكم الملك الأوَّل، وإذا انفسخ العقد من الأصلِ، صار كأنَّ الولدَ حصل في ملك البائع، فيجب ردُّه عليه، ولمَّا اتفقوا أنَّه لا يُرَدُّ، ثبت أنَّ الأمَّ لا ترد.

ولا يلزم عليه الكسب؛ لأنَّ العقدَ إذا انفسخ من الأصلِ، صار كأنَّ الكسبَ حدث على ملك البائع، وحدوثه على ملكه لا يوجب ردَّه عليه، ألا ترى أنَّـه لو غصـب جاريـة، فاستغلها لم يجبْ عليه أن يرد على المغصوبِ منه، وإن كانت الغلَّة حادثة على ملكه؟

والجواب: أنا لا نسلِّم: أنَّ الردَّ بالعيبِ بقضاء قاضٍ يوجب فسخ العقد في الأصلِ، وإنَّما هو فسخ في الحالِ، وهذه طريقة في المسألةِ.

والدَّلالة على ذلك: أنَّه فسخ بيع، فكان فسخاً في الحالِ، كالإقالة.

فإن قيل: الإقالـة تدخل الشيء في ملكه بقبولـه، فيصير كبيـع مستقبل، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّ الشيءَ يدخل في ملكه بغير قبولـه،

فوجب أن لا يكون حكم ملكه حكم ملك مستقبل، كالوارث.

قيل له: علَّة الأصل تبطل بالمشتري إذا وجد العيب بعد القبض، فعندهم لا يرجع المبيع إلى البائعِ إلا برضاه وقبوله.

وليسـ[ـت الإقالة] ببيع مستقبل، وإنَّما هو رفع عقد؛ لأنَّه لو كان فسخاً للعقد من الأصلِ لوجب[1] أن يكون الكسب للبائع، فإذا وهب له هبة، أو أوصى له بوصية، ثمَّ ردَّ بالعيبِ أن يكون ذلك للبائع؛ لأنَّه حدث في ملكه، كما لو ابتاع شيئاً ابتياعاً فاسداً، ثمَّ تَرَادَّا؛ فإنَّ النماء الحادث في يد المبتاعِ للبائع، فلمَّا لم يكنْ للبائع، ثبت أنَّه قطعٌ للعقد في الحال.

فإن قيل: فيجب أن تجب الشُّفعة؛ لأنَّه تمليك مبتدأ، وأن لا يردَّ على بائعه بالعيب.

قيل له: إنَّما لم تجب الشفعة؛ لأنَّها تستحق بالعقودِ، لا بالفسوحِ، ألا ترى أنَّها لا تتعلَّق بالإقالـة؛ لأنَّها فسخ، وإن كانت قطعاً للملك في الحالِ؟

وعلى أنَّ الشُّفعةَ حجَّة لنا؛ لأنَّه لو كان رفعاً للعقد لوجب أن يسقط حق الشفعة بالفسخِ، وأجمعنا على أنَّه لا يسقط.

وأمَّا الرد بالعيبِ فلأنَّـه لم يسلمْ لـه ما عقد عليه، فهو كالفسخِ بالعنة؛ تملكه الزوجة، وهو فسخٌ في الحالِ.

واحتجَّ بأنَّ النماء مال جُعِلَ في يد المبتاع بسبب رقبة المبيع، فمنعه

---

(١) في «ت» و«م»: «يوجب».

من الردِّ بالعيب، كما لو كان المبيع عبداً، فجنى عليه جناية، فأخذ المبتاع أرشها؛ فإنَّ أخذه للأرش يمنع الرد بالعيبِ، كذلك إذا كانت جارية، فولدت، وأخذ ولدها، وجب أن يمنعه ذلك من الردِّ بالعيب.

والجواب: أنَّه يبطل بالكسبِ؛ فإنَّه حصل في يده بسبب الرَّقبة، ومع هذا لا يمنع الرد.

وعلى أنَّ الجنايةَ وأخذ الأرش لا يمنع الردَّ بالعيبِ على الصَّحيح من الرِّوايتينِ، وهذه مسألة تأتي، ويمنع على الرِّوايةِ الأخرى، ولكن ليس المانع هناك حصول المال، وإنَّما المانع النقص، ألا ترى أنه لو ذهبت يد العبد بأمر سماوي، منعَ الردَّ، وإن لم يكنْ هناك مال، فسقط ما قاله.

* فصل:

والدَّلالة على أنَّ له إمساك الولد ورد الأم خلافاً لمالك: ما روت عائشة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»[1].

ورُوِيَ في لفظ آخر: «الغَلَّةُ بالضَّمَانِ»[2]؛ يعني: أن غلَّة الشيء تكون لمن ضمانه عليه، وضمان المبيع بعد العقد يكون على المبتاعِ، واسمُ الغلَّة يقع على الثمرةِ والولد وغير ذلك.

ولأنَّه نماء حادث في ملك المبتاع، فكان له إمساكه، ورد الأصل.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه الإمام أحمد في «المسند» (٦/ ٨٠).

دليله: الثمرة.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الحملَ يجري مجرى الأعضاء بدليل: أنَّه يعتق بعتقها، فلمَّا وجـب ردُّ أجزائها الَّتي وقع عليها العقد، وإن زادت وعظمت في يد المشتري، كذلك الحمل.

والجواب: أنَّ الأعضاءَ كانت موجودة حال العقد، فهي كالحملِ الموجود حال العقد، فلهذا وجب ردُّها، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه نماء حدث بعد العقد، فهو كالثمرةِ.

واحتجَّ بأنَّه حكم ثبت في رقبة الأم بسبب عقد، فوجب أن يكون ما حدث من الولدِ في حكمها.

دليله: ولد المكاتبة والمدبرة.

والجواب: أنَّ هناك تبعها ولدُها تغليباً للحرية؛ لأنَّ عقد الكتابة والتدبير أوجب عتاقَ الأم، فجاز أن نُتبـعَ الولد في حكمه تغليباً للحرية؛ لأنَّ مبناها على التغليبِ والسِّراية، وليس كذلك البيع والتسليم المستحق؛ فإنَّه غير مبني على التغليبِ، فلم يسرِ إلى الولدِ.

واحتجَّ بأنَّ ولد الماشية يتبعها في إيجاب الزَّكـاة، وكذلك ولـد الأضحية يتبعها في الإيجابِ، كذلك هاهنا.

والجواب: أنَّا نقول له: لمَ كان كذلك؟ وما العلَّةُ الجامعة بينهما؟ على أنَّ هذا يقابله أنَّ ولد الجانية والمستأجرة لا يتبعها ولدها.

ثمَّ ولدُ الأضحية حجَّـةٌ لنا، وذلك أنَّ حق الفقراء تعلق بالأمِّ،

فالولد يحدث على حكم ملكهم، فكان الولد تابعاً للأم في الأضحيةِ، وهاهنا الولد يحدث على ملك المشتري، فيجب أن يكون الولد له.

وأمَّا الزَّكاة فالمعنى فيها: أن الحول حال وهناك أولاد موجودون، فتعلق الإيجاب بهم، فمثاله: أن يكون هناك حمل موجود حين العقد، فيتبع الأم في الردِّ، ومثال الزَّكاة من مسألتنا: أن يحدث الأولاد بعد الحول، فلا يتبعون الأم في الإيجابِ، كما حدث الولد هاهنا بعد العقد، فلا يتبع الأم في الردِّ.

* * *

## ٣٢٢ ـ مَسْأَلَة

**إذا اشترى أمةً حاملاً، فولدت عنده، ثمَّ وجدَ بها عَيباً، فأرادَ ردَّ الأمِّ، وإمساكَ الولدِ، لم يكنْ له ذلك، وكان بالخيارِ بين ردِّ الأم مع الولد، والإمساكِ وأخذ الأرش:**

أومأ إليه في رواية ابن منصور: وذُكِرَ له قول سفيان في رجل باع جارية، أو شاة، فولدت، أو نخيلاً لها ثمرة، فوجد بها عيباً، أو استحق: أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد، إن كان أحدث فيهم شيئاً، أو كان باع، أو استهلك، فإن كان مات، أو ذهب به الريح، فليس عليه شيء. قال أحمد: كما قال.

وظاهر هذا: أنَّه لم يحكمْ له بالنِّتاج، ولا الثمرة؛ لأنَّه قال: يضمن

قيمة ذلك إذا ردَّ الأم عند تعذُّر الرد فيهم، وليس هذا إلا على أنَّ ذلك كان موجوداً حال العقد؛ لأنَّه قد نص فيما تقدَّم: أنَّ الولدَ من الخراجِ، وأنَّه للمبتاع، فهو محمول على الولدِ الحادث.

وقولـه: (إن مات أو تلف بجائحـة لم يضمن)؛ لأنَّ ذلك حصل في يده بسببٍ أَذِن فيه المالك، لا لينفرد بمنفعته، فلهذا لم يضمنه بغير عدوان، كالوديعة والعين المستأجرة.

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل هذا.

والثَّاني: له إمساك الولد، ورد الأم.

وأصل هذا الخلاف: هل للولد حكم نفسه؟

ومعناه: إذا باع جارية حاملاً، أو ناقة حاملاً، فقسط الثمن عليهما، كأنَّه باع ناقة وفصيلها، وهو أحد القولين للشافعي.

وعلى القولِ الثَّاني: لا حكمَ له بنفسه، فهو كالسمنِ، فلا يأخذ قسطاً من الثمنِ، وإذا وضعت كأنَّه نماء تجدَّد حين الانفصال.

دليلنا: أنَّ كلَّ ما كان لـه قسط من الثمنِ إذا كان منفصلاً، كان له قسط منه إذا كان متصلاً، كاللبنِ.

أو نقول: مستكنٌّ يؤول إلى حال الظهـور والانتفاع، فوجـب أن يأخذ قسطاً من الثمنِ، كاللبنِ.

ثمَّ الحمل أشبه الأشياء باللبن؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما في وعاء يؤول

إلى حال الظهور والانتفاع.

واحتجَّ المخالف بأنَّـه لمَّا تبـعَ الأصلَ في العتقِ والبيع والذكاة، يأخذ قسطاً من الثمنِ، كاليد والرجل والسمن.

والجواب: أنَّ اعتبار الحمل باللبنِ، أشبه من اعتباره بالأعضاءِ؛ لما ذكرنا، وهو: أنَّه مودع فيها، ومستكنٌّ فيها، ويفارق الأعضاء؛ لأنَّها متصلة بها.

فإن قيل: أليس لم يجعلوا لـه حكماً في صحَّة اللعان عليه لنفي النسب؟ ولم يجعلوا له حكماً في صحَّة الاستثناء في عقد البيع؟ كذلك يجب أن لا يجعلو له حكماً هاهنا.

قيل له: أمَّا اللعان فهو يجري مجرى الحدِّ؛ لأنَّه يتعلَّق بالقذفِ، والحدُّ لا يثبت بغالب الظن، وليس كذلك تقسيط القيمة عليه؛ لأنَّه من الأحكامِ الَّتي تثبت بغالب الظن.

وأمَّا استثناؤه في البيعِ ففيه روايتان:

نقل ابن القاسم، وسندي، وغيرهما: أنَّه يصحُّ.

فعلى هذا: لا يلزم؛ لأنَّه قد تعلق به حكم الاستثناء.

نقل حنبل والمَرُوذِيُّ: لا يصحُّ.

فعلى هذا: الحمل مجهول غير متحقق، والاستثناء إذا كان مجهولاً أبطل البيع بدليل: أنَّـه لو قال: (بعتك هذه النخيل إلا نخلة) لم يصحَّ لعدم التعيين وحصول الجهالة، وهذا معدوم في مسألتنا؛ لأنَّـه كونـه

مستوراً[1] حال العقـد لا يمنع تقسيط الثمن عليه، كما لم يمنعْ تقسيط الثمن على اللبن.

* * *

## ٣٢٣ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا اشترى جاريةً حاملاً[2]، فولدت قبل القبض، أو بهيمـةً فنتجت، وولدت في يد البائع قبل القبض، ثم قبضها المشتري، لم يدخل الولدُ في البيعِ، ولا يكون لـه حصَّةٌ من الثمنِ، وهو للمشتري، فلو وجد بالأمِ عيباً ردَّها بجميع الثمن:**

وهذا ظاهر كلامه في رواية ابن منصور: إذا اشترى غنماً فنمت، ثم استحقَّت، فالنماء له إلا في المصرَّاةِ.

ولم يفرق بين أن ينمو في يد البائع، أو المبتاع.

وهو قول الشَّافعي.

وقال أبـو حنيفة: يدخل الولـد في البيعِ، فإن قبضها المشتري انقسم الثمن على قيمـة الأم يوم العقـد، وقيمة الولد يوم القبض، فإذا وجد بأحدهما عيباً ردَّه بحصَّته من الثمن.

دليلنـا: أنَّ الـولـدَ حـادث في ملـك المـشـتري، فـوجـب أن

(١) في «ت» و«م»: «مستور».

(٢) في «ت» و«م»: «حائلاً».

لا يدخلَ في البيعِ.

أصله: إذا حدث بعد القبض.

فإن قيل: إنَّما لم يدخلْ في البيع بعد القبض؛ لأنَّ العقدَ يوجب شيئين؛ الملك والتسليم، وقد وُجِدا جميعاً، فلم يبقَ من حقوق العقد شيء، فلهذا لم يدخل في العقد.

وأمَّا قبل القبض فالتسليم الموجب بالعقدِ باقٍ، وهو ثابت في رقبة الأم، فسرى إلى الولدِ، وإذا سرى دخل في العقدِ مع الأم، كسائر الحقوق الثابتة في رقاب الأمهات تسري إلى الأولادِ نحو الاستيلاد والتدبير والكتابة.

قيل له: لا نقول: إنَّه يدخل في التسليمِ المستحق بالعقدِ، وإنَّما يجب على البائعِ تسليم الولد وغيره من النماء بحقِّ الملك، لا بحق العقد، وثبوت التسليم في رقبة الأم لا يوجب ثبوته في الولدِ بدليل: الجناية، وتتعلَّق برقبة الأم، ويحقُّ تسليمها بها، ولا يدخل الولد فيها.

والأمهاتُ إذا حال عليها الحول، وجبت فيها الزَّكاة المتعلقة بالحولِ الماضي، وإن كانت ثابتة في رقبة الأم[1].

وأمَّا ولد أمِّ الولد والمُدبَّرة والمُكاتبة فالمعنى فيه: أنَّه مبني على التكميلِ والسِّراية، وليس كذلك البيع والتسليم المستحق به؛ فإنَّه غير مبني على التغليبِ، فلم يسرِ إلى الولدِ.

---

(١) كذا في «ت» و«م».

وطريقة أخرى، وهو: أنَّ الولدَ إذا تلف في يد البائع لم يسقطْ بتلفه شيء من الثمنِ، ولو كان قد دخل في العقدِ، وانقسم الثمن عليه وعلى الأمِّ، لوجب أن يسقط جزءٌ من الثمنِ بتلف الولد، كما إذا اشترى الأمَ والولدَ المنفصل، ثمَّ تلف الولدُ، سقط بتلفه جزءٌ من الثمنِ.

فإن قيل: هذا لا يدلُّ على أنَّه غيرُ داخل في العقدِ، ألا ترى أنَّه لو تلف جزء من الجاريةِ قبل القبض لم يسقطْ من الثمنِ شيء، ولا يدلُّ هذا على أنَّ ذلك الجزء غير داخل في العقد.

قيل له: الأطراف لا ينقسم عليها الثمن، وليس كذلك الولد؛ فإنَّه إذا دخل في العقدِ أخذ قسطاً من الثمنِ عند المخالف، ولو كان كذلك لوجب إذا تلف أن يسقط ما قابله من الثمنِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّ حقَّ التسليم بالعقدِ ثابت في رقبة الأمِّ، فيجب أن يسريَ إلى الولدِ، كسائر الحقوق الثابتة في رقاب الأمهات نحو الاستيلاد والتدبير[1] والكتابة، وإذا سرى إليه وجب تسليمه بالعقدِ، كما يجب تسليم الأم، وإذا وجب تسليمه بالعقدِ، صار داخلاً في العقدِ، فينقسم الثمن حينئذٍ عليهما، فإذا وجد بأحدهما عيباً ردَّه بحصَّته من الثمنِ، كما لو اشترى جاريتين، فقبضهما، ووجد بإحداهما عيباً؛ أنَّه يردها بحصتها من الثمن.

والجواب عنه: ما ذكرنا، فلا وجهَ لإعادته.

---

(١) في «ت»: «الدبير».

## ٣٢٤ ـ مَسْأَلَة

**إذا وجد بالمبيعِ عيباً بعد القبض انفسخَ العقدُ بقول المشتري، ولم يُعتبَرْ في ذلك تراضيَهما، ولا حكمَ الحاكم:**

وهو ظاهر كلام أحمد في «مسائله»، وأنَّ له الرد من غير اعتبار الرِّضا، وقد صرَّح به في رواية ابن القاسم في رجلين اشتريا ثوباً، فوجدا به عيباً، فرضي أحدهما، ولم يرضَ الآخر: فإن شاء أخذ أرش الثوب بقدر حصَّته، وإن شاء ردَّ نصفه على البائعِ. فقيل له: فإنَّ البائعَ يقول: إن شئتما أخذتماه، وإن شئتما رددتماه؟ أرأيت لو اشترى ثوبين، فوجد بأحدهما عيباً، لم يكن له أن يردَّ أحدهما؟ فقال: لا يشبه شراءَ واحد ثوبين شراء اثنين؛ لأنَّ هذا يملك نصفه، ويملك الآخر نصفه.

فقد نصَّ على أنَّ لأحدهما أن يرد بقدر حصَّته بغير رضا البائع.

وهو قول مالك والشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ العقد إلا بالتراضي، أو بحكم الحاكم.

دليلنا: أنَّه فسخ بيعٍ بعيبٍ، فلم يفتقر إلى رضا البائع، ولا حكم حاكم.

دليله: قبل القبض.

ولأنَّه فسخ عقد، فوجب أن يكون المتولي له قبل القبض المتولي له بعده، كالإقالة.

فإن قيل: قبل القبض لم تتمَّ الصفقة، فالمشتري يمتنع من التزامِ

تمامها، وهذا لا يقف على التراضي، كالردِّ في خيار الشَّرط، وفي مسألتنا الصفقة تمَّت، ويريد إبطالها بالردِّ، فهي كالإقالةِ يُعتبَرُ فيها رضا البائع، كذلك هاهنا.

قيل له: هذا باطل بخيار المُخيَّرة إذا أعتقت تحت عبد؛ فإنَّها تملك الفسخ من غير رضا، ولا قضاء، وإن كانت الصفقة قد تمَّت.

وتبطل بالإقالةِ قبل القبض؛ فإنَّ العقدَ لم يتمَّ، ومع هذا فيقف على التراضي.

وعلى أنَّه قبل القبض في حكم التام بدليل: أن نفقتها وزكاة فطرتها وكسبها للمشتري، كما يكون ذلك بعد القبض، فلا فرقَ بينهما.

وطريقة أخرى، وهو: أنَّ الفسوخَ على ضربين:

فسخ بأمر مُختلَف في تعلق الفسخ به، كخيار امرأة العنِّين، فهذا يُعتبَر فيه حضور الحاكم.

وفسخ بأمر غير مُختلَف في تعلق الفسخ به في الجملةِ، ولكن اختلف في المواضعِ الَّتي يتعلَّق الفسخ به، فلا يفتقرُ ذلك إلى الحاكمِ، مثل فسخ الأمة إذا أعتقت تحت عبد؛ لمَّا أُجمِع عليه في الجملةِ لم يفتقرْ إلى الحاكمِ، وإن اختلف في موضع، وهو إذا أعتقت تحت حرٍّ.

كذلك الفسخ بالعيبِ مُجمَعٌ عليه في الجملةِ، وإنَّما اختلف في مواضعه، فلم يفتقر ذلك إلى الحاكمِ، وهذا دليل معتمد في المسألةِ.

واحتجَّ المخالف بأنَّ ملك المشتري تَمَّ فيه، فلم ينفسخ

العقد بقوله، كالإقالة.

والجواب: أنَّه يبطل بخيار المُخيَّرة؛ فإنَّها تملك الفسخ بقولها.

وعلى أنَّه غير مؤثِّر في الأصل؛ لأنَّ الإقالةَ لا تحصل بقوله، وإن لم يكنْ ملك المشتري تاماً، وهو قبل القبض.

ثمَّ نقلبه فنقول: وجب أن يستويَ فيها قبل القبض وبعده.

دليله: الإقالة.

ثمَّ المعنى في الإقالةِ: أنَّ القَبولَ لا يجب على البائعِ، وفي مسألتنا القَبولُ مستحقٌّ عليه، فلم يعتبر رضاه.

دليله: قبل القبض.

وعلى أنَّا قد جعلنا الإقالةَ حجَّةً لنا.

فإن قيل: قد يجب عليه القَبول، ولا ينتقل الملك إليه إلا برضاه، ألا ترى أنَّ المضطرَ إلى طعام غيره إذا بذله مالكُهُ، وجب عليه قَبولهُ، ثمَّ لا يملك بقول المالك إلا أن يرضى به.

قيل له: القبول هناك لحقِّه، فجاز أن يُعتبَر رضاه، وهاهنا القبول لحق غيره، فجاز أن لا يُعتبَر رضاه، إذا كان القبول لازماً له.

دليله: قبل القبض.

واحتجَّ بأنَّ الإنسانَ لا يملك نقل الشيء من ملكه إلى ملك غيره إلا برضاه، إلا أن يكون له عليه ولاية.

ولا يلزم عليه الردُّ قبل القبض، والردُّ بخيار الشَّرط والرؤية؛ لأنَّ

في خيار الشَّرط لم يملكه المشتري، وأما خيار الرؤية وخيار العيب قبل القبض، فالصفقة لم تتمَّ، فالمشتري يمتنع من تمام الصفقة، فينتقل الملك من طريق الحكم.

والجواب: أنَّ الطلاقَ ينقل ملك الزوج، ويدخل في ملكها، ولا يعتبر رضاها في ذلك، وكذلك إذا كان المبيع في يد البائع؛ فإنَّه ينقل ملكه عنه، ويدخل في ملك البائع.

* * *

## ٣٢٥ - مَسْأَلَة

**إذا علمَ بالعيبِ فهو على خياره ما لم يرضَ بـهِ، أو يفعلَ ما يُستدَلُّ به على الرِّضا:**

نصَّ عليه في رواية ابن القاسم وسندي: إذا اشترى عبداً، فوجد به عيباً، فاستخدمه بعد ذلك، فليس هذا برضا حتَّى يكون منه شيء بيِّنٌ، ويطول.

وهو قول أبي حنيفة.

وقال الشَّافعي: إذا علم بالعيبِ، فلم يردَّه مع القدرة على الردِّ، بطل خياره.

دليلنا: أنَّ الردَّ حصل قبل الرِّضا، وقبل أن يفعلَ ما يدلُّ على الرِّضا، فصحَّ.

دليله: إذا ردَّه عقيب العلم.

ولأنَّه خيار لرفع ضرر متحقِّق، فكان على التراخي.

دليله: خيار القِصاص، وخيار المُعتقةِ.

وعكسه: خيار الشُّفعة والمخيَّرة، وخيار المجلس والشرط؛ لأنَّ ضرره غير متحقِّقٍ.

ولا يلزم عليه نفي النسب؛ أنَّه على الفور؛ لأنَّـه لا خيارَ هناك، بل يجب عليه نفي الولد، إذا علم أنَّه من زنا. [. . . .][1].

ولأنَّه ملك مستقر، فلم يبطل بالتَّأخيرِ.

دليله: الدين الحالُّ.

ولا يلزم عليه خيار القَبول، وخيار الشُّفعة، وخيار المخيَّرة؛ لأنَّ ذلك غيـر مستقرٍّ، وإنَّما جُعِلَ للتمليك وهذا تعلق بسبب مستقر؛ لأنَّ المشتري وجب له على البائعِ تسليم المبيع بجميع أجزائه، فلم يسلِّم.

واحتجَّ المخالف بأنَّـه إذا علم بالعيبِ، فأمسك تبيَّنا أنَّه مُختار للمبيع؛ لأنَّه لا حظَّ له في الإمساكِ مع النقص المتحقق.

والجواب: أنَّ هذا يبطل بخيار القِصاص؛ فإنَّه لا حظَّ له في الإمساكِ عنه؛ لتحقق الضرر، ومع هذا فهو على التراخي.

ولأنَّ[2] هذا لا يدلُّ على الاختيارِ، كما لم يدلَّ ترك المطالبة بالدينِ

---

(١) غير واضح في «ت» و«م» بمقدار ثلاث كلمات.

(٢) في «ت» و«م»: «ولأنه».

على اختيار الترك والإبراء؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما حقٌّ مستقر.

ولأنَّ ترك المطالبة بالردِّ يُحمَل على أنَّه اختار أخذ الأرش؛ لأنَّ له أخذ الأرش عندنا.

واحتجَّ بأنَّه خيارٌ لرفع الضرر عن المالِ، وكان على الفورِ.

دليله: خيار الشُّفعة.

والجواب: أنَّ خيار الشُّفعة جُعِلَ للتملك، فهو كخيار المخيَّرة، وخيار القبول، وذلك مقصور على المجلسِ، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه ملك مستقر، فلم يبطل بالتَّأخيرِ، كالدينِ.

وجملة المذهب في الخياراتِ: أن خيار الردِّ بالعيبِ على التراخي ما لم يرضَ، أو يفعلَ ما يُستدلُّ به على الرضا، وكذلك خيار المعتقة كذلك؛ لأنَّه في معناه: أنه خيار نقص.

وأمَّا خيار المخيَّرة وخيار الشُّفعة وخيار القَبول، فإنَّه مقصور على المجلس؛ لأنَّه ليس بمستقر.

* * *

## ٣٢٦ ـ مَسْأَلَة

**إذا وطئ الأمةَ المبتاعَةَ، ثمَّ وجدَ بها عيباً، فله أن يردَّها؛ بكراً كانت، أو ثيِّباً في أصحِّ الرِّوايتين:**

نصَّ عليه في رواية حنبل، فقال: إذا [اشترى أمة فوطئها، ثم

ظهر على عيب] ردَّها، وردَّ غُرَّتها[1]؛ ثيِّباً كانت أم بكراً، فإن وطئها وقد علم [بالدَّاء][2] لزمه، ولم يردَّ بالعيبِ.

قال ـ أيضاً ـ في رواية مهنا: إذا اشترى أمة، فزنت عنده، ثمَّ ظهر على عيبٍ، يردُّ بالعيبِ.

وهو اختيار الخرقي، وبه قال مالك.

وفيه رواية أخرى: لا يملك الردَّ؛ بكراً كانت، أو ثيِّباً.

نصَّ عليه في رواية أبي الصقر في من اشترى جارية بكراً، فلم يجدها بكراً، فوطئها: رجع على صاحبها بقيمة ما بين البكر والثيب، وهي جائزة عليه إذا كان قد وطئها.

وكذلك نقل الأثرم عنه قال: قد قال قوم: إذا وطئ فله ما بين العيب والصحَّة، وإذا لم يطأ ردَّها، وأخذ المال، قال: وأنا أسوِّي بينهما؛ وطىء، أو لم يطأْ، [له] ما بين العيب والصحَّة.

وهو اختيار أبي بكر، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: إن كانت ثيباً فله الردُّ، وإن كانت بكراً لم يكن له الردُّ.

وجه الرِّواية الأولى: أنَّه وطئ، فلم يكن له الردُّ بالعيبِ.

دليله: إذا كانت مزوَّجة، فوطئها الزوج، أو غصبها المشتري من

---

(1) في «ت» و«م»: «أو رد عقرها».

(2) ما بين معكوفتين ليس في «م».

البائعِ قبل دفع الثمن إليه، ووطئها، فطالب البائع بردِّها إلى يده إلى أن يقبض الثمن، فرُدَّت إليه، فوجد المشتري بها عيباً، كان له ردُّها، ولم يمنع الوطءُ من الردِّ على البائع.

وإن شئت قلت: لم يمنعْ من الردِّ.

دليله: ما ذكرنا.

فإن قيل: وطءُ الزوج مستحقٌّ بسبب كان في يد البائع، فصار كأنَّه حصل في يد البائع، ولهذا قال أبو حنيفة: إذا قُتِلَ العبد في يد المشتري بِقصاصٍ أو بِرِدَّةٍ[فـ]إنَّه يرجع بجميع الثمن؛ لأنَّ قتله كان مستحقاً بسببٍ كان في يد البائع، فصار كأنَّه قُتِلَ في يد البائع.

قيل له: وكذلك المشتري يطأ بسبب كان في يد البائع، وهو البيع، فلا فرقَ بينهما.

ثمَّ هذا باطل بالبكرِ إذا وطئها الزوج؛ فإنَّ هذا وُجِدَ بسببٍ كان في يد البائع، ومع هذا لا يملك الردَّ.

فإن قيل: ليس المانع من ردِّها الوطء الَّذي هو مستحق، وإنَّما المانع إتلاف جزء منها، والإتلافُ غير مستحق بعقد النكاح؛ لأنَّ الزوجَ إنَّما يستحقُّ بعقد النكاح الوطءَ دون إتلاف العضو، ألا ترى أنَّه لو تزوجها على أنَّها بكراً، فوجدها ثيباً، لم يكن له خيار؟ وكذلك لو كانت بكراً، فذهبت بكارتها بوثبة أو حيضة، لم يكن له[1] خيار.

(١) في «ت» و«م»: «لها».

قيل له: الوطءُ لا يُتوصَّل إليه إذا كانت بكراً إلا بإتلاف ذلك الجزء، فيجب أن يكون إتلافاً مستحقاً، ولهذا نقول: ما لا يُتوصَّل إلى فعل الواجب إلا به، يكون واجباً مثله.

فإن قيل: إذا تزوَّج أمة غيره، وهي آبقة، لم يتوصلْ إلى وطئها إلا بالتسليمِ، والوطء مستحق، والتسليم غير مستحق.

قيل له: التسليم مستحق إلا أنَّه عند القدرة.

فإن قيل: المعنى فيه إذا غصبها المشتري، ووطئها قبل إيفاء الثمن، وطالب بها البائع، فرجعت إليه: أنَّه لا يمنع ذلك من الردِّ بالعيب؛ لأنَّه لمَّا طالبه بردِّها إلى يده موطوءةً، كان راضياً بالنقصِ والعيب، ولهذا قال أبو حنيفة: لو غصبها المشتري، وقطع يدها، فطالب البائع بردِّها إليه، فرُدَّت إليه، ثمَّ وجد بها عيباً، كان له ردُّها.

قيل له: البائعُ لمَّا طالب بردِّها إليه، فإنَّما رضي بإمساكها على ملك المشتري معيبة على سبيل الوثيقة له إلى أن يستوفيَ ثمنها، ولم يرضَ بأن ترد إلى ملكه معيبةً.

فإن قيل: إذا ردَّت إلى البائعِ زالت يد المشتري، ويكون الوطءُ بمنزلة ما وُجِدَ في يد البائع.

قيل له: وطء المشتري في يد البائع بغير إذنه يمنعه من الردِّ عند المخالف.

على أنَّا قد بيَّنا: أنَّ وطء المشتري بسببٍ كان في يد البائع، فيجب

أن يكون بمنزلة الموجود في يده.

وعلى أنَّ القبضَ يقطع في الحالِ، ولا يُزالُ من أصله حتَّى كأنَّه لم يُوجدْ.

وقياس آخر، وهو: أنَّ الوطءَ معنى لو حصل من الزوجِ لم يمنعْ من الردِّ بالعيب، فإذا حصل من المشتري يجب أن لا يَمنعَ.

دليله: الاستخدام.

يبيِّن صحَّة هذا: أنَّ الاستخدام يُكِدُّ ويُتعبُ، والوطء يُكِدُّ ويُمتعُ، فإذا لم تمنع الخدمة، فأولى أن لا يمنع الوطء.

فإن قيل: الوطء لا يشبه الاستخدام؛ لأنَّه لو اشترى جارية على أنَّه بالخيارِ ثلاثة أيَّام، فوطئها، بطل خياره؛ كما لو جنى عليها، ولو استخدمها لم يبطلْ خياره.

قيل له: اختلفت الرِّواية في الاستخدامِ؛ هل يقطع خيار الشرط؟

فروى العبَّاس بن محمَّد عنه في من اشترى داراً، وجعل له فيها الخيار، فحدث فيها حدث خراب من مطر أو غيره قبل محلِّ الأجل، ثمَّ شاء ردَّها: فإن سكنها فهو الجاني، بمنزلة ثوب جعل فيه الخيار، ثم لبسه.

وظاهر هذا: أنَّه أسقط خياره بالسكنى، واللبس، كما يسقط الوطء، فعلى هذا: لا فرقَ بين الوطء وبين الاستخدام في ما ذكر.

وروى أبو الصقر[1] عنه: إذا اشترى جارية بشرط الخيار يوماً، أو يومين، فغسلت رأسه، أو غمزت رجله، أو طبخت وخبزت، لم تجبْ بذلك الفعل حتَّى يبلغ منها ما لا يحلُّ لغيره، فيبطل خياره.

وظاهر هذا: أنَّ الاستخدام لا يبطل الخيار.

فعلى هذا: الفرق بينهما: أنَّ الاستخدام لو وُجِدَ من البائعِ لم يكنْ فسخاً، فإذا وُجِدَ من المشتري لم يكنْ رضاً، وليس كذلك الوطء؛ فإنَّه لو وُجِدَ من البائعِ كان فسخاً، فإذا وُجِدَ من المشتري كان رضاً وإمضاءً.

فإن قيل: لو استخدم جارية غيره، لم يلزمه شيء، ولو وطئها لم يخلُ من إيجاب حدٍّ، أو مهر، فعُلِمَ أنَّ الوطءَ مخالف للاستخدام.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا، بل نقول: إنَّه يلزمه أخذ المثل للاستخدام، كما يلزمه المهر بالوطء.

واحتجَّ المخالف بأنَّ الوطءَ بمنزلة إتلاف جزء منها في الحكمِ، بدلالة ما رُوِيَ عن عليٍّ: أنَّه قال: إذا وطئها المشتري، ثمَّ وجد بها عيباً[2]: يردها، ويرد معها عُشرَ ثمنها، إن كانت بِكراً، أو نصف العشر، إن كانت ثيِّباً.

وإن جنى عليها، ثمَّ وجد بها عيباً، ردَّها، وردَّ أرش الجناية.

فحصل من اتفاقهما جميعاً على أنَّ وطأها يجري مجرى الجناية

---

(١) الكلمة غير واضحة في «م».

(٢) في «ت» و«م» زيادة: «وقال عمر».

عليها؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما حكم في وطئها بما حكم في الجنايةِ عليها.

ثمَّ لو جنى عليها، ثمَّ وجد بها عيباً، لم يكنْ له أن يردها، ويرجع بأرش العيب، كذلك إذا وطئها.

والجواب: أنَّه ليس في ما رُوي عنهما ما يدلُّ على أنَّه يجري مجرى الجناية؛ لأنَّ عمر قد جعل له الرد، والجنايةُ تمنع من الردِّ، وإنَّما أوجب ردَّ المهر لأجل الوطء الَّذي حصل من جهته[1]، وليس في هذا ما يدلُّ على أنَّه يجري مجرى الجناية.

وأمَّا ما رُويَ عن عليٍّ: أنَّه قال: لا يرد، فليس ذلك؛ لأنَّه يجري مجرى الجناية، لكن لأنَّه يحتمل أن يكون حصل من الوطء حمل، أو وطئ بعد العلم، فلهذا منع من الردِّ.

واحتجَّ بأنَّ الوطءَ يجري مجرى الجناية بدلالة: أنَّـه إذا وُجِدَ في ملك الغير، لم يخلُ من إيجاب حد، أو مهر، كما لا تخلو الجناية من مال، أو عقوبة، ولا تُستباح بالإباحةِ، وتنقص من ثمنها.

ثمَّ ثبت: أنَّ الجنايةَ تمنع من الردِّ، كذلك الوطء.

والجواب: أنَّ في الجناية روايتين، أصلهما إذا ابتاع ثوباً، فقطعه، ثم ظهر على عيب، أو حدث عنده عيب، ثم ظهر على عيب آخـر، هل يمنعه ذلك من الرد، أم لا؟

على روايتين:

---

(١) الكلمة غير واضحة في «م».

إحداهما: لا يمنع، وهو المشهور في المذهب.

وقد نصَّ عليه في الجناية في روايـة حنبل: وذُكِرَ لـه قول الحكم في الغلام يبتاعه سيده، وبه داء لم يتبيَّنه، ثمَّ يُحدِث عنده، فتُقطَع يدُه: يردُّه أقْطَعاً، ويأخذ دراهماً، فقال أحمد: أذهبُ[1] إلى قول الحكم.

فقد نص على ذلك.

وهذا فصل يأتي الكلام عليه.

وعلى أنَّه لا يجري مجرى الجناية، ألا ترى أنَّ الغاصبَ لو وطئها لم يلزمْهُ أرش النقص[2] عندهم، ولو جنى عليها لزمه الأرش؟

والزوج لو وطئها لم يمنع الردَّ، ولو جنى عليها منع الرد.

ولو وطئ البهيمة جاز له ردها، ولو جنى عليها لم يكنْ له الردُّ.

ولو وطئها المشتري، وأراد بيعها مرابحة جاز، وإن لم يبينْ، وكان بمنزلة الجناية لزمه أرشٌ، كما لو جنى عليها.

فإن قيل: أليس قد قال أحمد في رواية إسحاق بن هانئ في الرَّجلِ يشتري الأمة، فيطؤها، فأراد بيعها: يبيِّن للمشتري أنَّه قد وطئها؟

قيل له: هذا على طريق الاستحباب؟ [قال]: لا، إنَّه واجب.

وما ذكروه من أنَّـه لا يستباح بالإباحـةِ، فيبطل باللمسِ لشـهوةٍ

(١) في «م»: «ذهب».

(٢) في «م»: «الجناية».

والقبلة؛ فإنَّه لا يستباح بالإباحةِ، وليس[1] بجناية.

وقولهم: (لا يخلو فعله في ملك الغير من مال، أو عقوبة) فليس كذلك؛ لأنَّ العبدَ إذا وطئ مولاته بشبهة، فلا عقوبةَ عليه، ولا مال، وكذلك إذا جنى عليها جناية خطأ، لم يجبْ مال، ولا عقوبة، فلم يصحَّ ما قالوه في الوطء، ولا في الجنايةِ.

وقولهم: (إنَّ الوطءَ ينقص من ثمنها) خطأ؛ لأنَّ الوطءَ يُلذها، وينزِّهها، ويزيد في ثمنها، والسكوت عن هذا السؤال أحسن.

واحتجَّ بأنَّه لو ردَّها بالعيبِ بقضـاء القاضي لانفسخ العقـد من الأصلِ، وعادت الجارية إلى البائعِ على حكم البيع الأول؛ كأنَّه لم يكنْ بينهما بيع، ويحصل وطء المشتري في ملك الغيـر، والوطء في ملك الغير لا يخلو من إيجاب حـد، أو مهر، واتفقوا أنَّه لا يجب عليه حدٌّ، ولا مهر، وجب أن لا يردَّ.

والجواب: أنا لا نسلِّم أنَّ ذلك فسخ للعقد من الأصلِ، وإنَّما هو فسخ في الحالِ، كالإقالة.

وقد تكلمنا على هذا الفصل في ما تقدَّم.

وعلى أنَّه لا يمتنع مثل هذا، ألا ترى أنَّ الموهوبَ لـه لـو وطئ الجارية الموهوبة كان للواهب أن يرجع فيها، فإذا رجع فيها انفسخ العقد من الأصلِ، وصارت الجارية على حكم الأوَّل؟

---

(١) في «م»: «ما ليس».

ثمَّ لا يجوز أن يُقال: الوطء يحصل في ملك الغير، فلا يخلو من إيجاب حدٍّ، أو مهر، وإذا لم يجبْ واحد منهما لم يجز الرجوع فيها، كذلك هاهنا.

واحتجَّ بأنَّ الوطءَ معنى يوجب المهر، فإذا وُجِدَ من المشتري في الجارية المشتراة منع الردَّ، كالعقدِ.

ولأنَّه معنى تصير به المرأة فراشاً، فهو كعقد النكاح.

والجواب: أنَّ قولهم: (يوجب المهر، وتصير بـه فراشاً) لا تأثيرَ لـه؛ لأنَّـه لو أفضاها بإصبعه، أو زنت؛ فإنَّه يمنع الردَّ عندهم، وإن لم يُوجَد المعنى الَّذي قالوه.

وعلى أنَّ التزويجَ قد توقف عنه أحمد في رواية مُهنَّا: وقد سأله عن رجل اشترى جارية، فزوَّجها، ثمَّ ظهر على عيب، فأعرض عنـه، ولم يخبره بقوله، وقال: قد اختلفوا.

ويجب أن يكون تحصيل المذهب في تزويجها: أنَّه يجري مجرى عيبٍ حدث عنده؛ لأنَّـه قـد قال في روايـة حنبل: إذا اشترى جارية، فوجدها مزوَّجة: أنَّه يملك الردَّ، وهو عيب.

وإذا ثبت أنَّـه يجري مجرى عيبٍ حدث عند المشتري، فالعيبُ الحادث لا يمنع الردَّ على ما نبيِّنه في ما بعد.

واحتجَّ بأنَّها لو زنـت لـم يجز ردها بالعيب؛ لأنَّ الزنا عيب في الجاريةِ يوجب نقصان الثمن في العادةِ، وكذلك وطء المشتري.

والجواب: أنا قد بينا: أنَّ وطءَ المشتري ليس بنقصٍ لها.

وعلى أن زنا الأمة لا يمنع ردها بالعيبِ.

نصَّ عليه في رواية مهنا، وقد ذكرناه في أوَّل المسألة، وجملته: أنَّه يجري مجرى عيبٍ حدث عنده، وذلك لا يمنع الردَّ مع الأرش.

* **فصل:**

والدَّلالة على أنَّ وطء البكر لا يمنع الرد ـ أيضاً ـ خلافاً للشافعيِّ: أنَّه وطءٌ وُجِدَ بعد ثبوت سبب الفسخ، فاستوى فيه البكر والثيب.

دليله: إذا ابتاع أمة بشرط الخيار، فوطئها؛ فإنَّ خياره يبطل؛ بكراً كانت، أو ثيباً.

يجب أن لا يبطل حق الفسخ هاهنا في البكرِ، كما لم يبطلْ في الثيبِ.

ولأنَّه فسخ عقد لا يمنع منه وطء الثيب، فلا يمنع منه وطء البكر.

دليله: الرجوع في الهبةِ والنكاح.

وكلُّ وطء لا يمنع خيار الرجوع في الهبةِ والنكاح لا يمنع الردَّ بالعيبِ.

دليله: وطء الثيب.

ولأنَّه لو استخدمها لم يمنع الرد، كذلك إذا وطئها.

دليله: الثيب.

فإن قيل: وطء الثيب لا يوجب إتلاف جزء منها، فلهذا لم يمنع

الرد، وليس كذلك البكر؛ لأنَّ وطأها يوجب إتلاف جزء منها، فلهذا منع الرد، كالجنايةِ.

قيل: علَّة الأصل تبطل إذا عرضها على البيعِ، أو رضيها، أو زنت، وهي ثيب؛ فإن ذلك لا يوجب إتلاف جزء منها، ومع هذا يمنع[1] الردَّ.

وأمَّا علَّة الفرع فتبطل بحلب لبن المصراة، وقطع ما مأكوله في جوفه؛ فإنَّه لا يمنع الرد، وإن كان إتلافاً.

وكذلك الإجارة إذا مضى بعض المدة، ثم ظهر على عيب، ملك الفسخ، وإن كان قد تلف بعض المدة المعقودة عليها.

وكذلك فسخ النكاح بالعيبِ بعد وطء البكر يصحُّ، وإن كان بعد إتلاف جزء منها.

ولا معنى لقولهم: (إنَّ حلب لبن المصراة، وقطع ما مأكوله في جوفه مما يُختبر به المبيع)؛ لأنَّ ذهاب البكارة مما يُتوصَّل به إلى الوطء.

وعلى أنَّه لو كان كذلك لتقدَّرَ بمدة كخيار الشَّرط؛ لما كان لاختبار المبيع تقدَّر عندهم بالثلاثِ، فلمَّا لم يتقدرْ لم يكنْ علته ما قالوه.

ونبني المسألة على أصل، و[هو] أنَّ إتلاف جزء من المبيعِ لا يمنع الرد بالعيبِ، وكذلك حدوث عيب عنده، والجناية على جزء منه، كذلك ذهاب البكارة ليس فيه أكثر من ذلك، فلم يمنع الرد.

وبنى المخالف هذا الفصل على هذا الأصل، ويأتي الكلام عليه.

---

(١) في «ت» و«م»: «لا يمنع».

## ٣٢٧ ـ مَسْأَلَةٌ

**إذا تصرَّفَ المشتري في المبيعِ بأن كان ثوباً فقطعَهُ، أو حدثَ به عنده عيبٌ، أو جنى عليه جنايـةً، ثمَّ ظهرَ على عيبٍ كان عند البائعِ، فهو بالخيارِ:**

**إن شاء ردَّ مع أرش النقص الحادث، ويأخذ الثمن.**

**وإن شاء أمسك، ورجع بأرش العيب الَّذي كان عند البائع.**

**في أصحِّ الرِّوايتين:**

نصَّ عليه في مواضع:

فقال في رواية حرب ويعقوب بن بُخْتان[1] وأبي طالـب ومهنـا وإبراهيم بن هانئ وأبي الحارث: إذا اشترى ثوباً فقطعه، ثمَّ ظهر به على عيب، فهـو مُخيَّر؛ فإن ردَّه ردَّ نقصان ما حدث فيـه، وإن حبسه رجع على البائعِ بقدر نقصان العيب.

وقال في رواية بكر بن محمَّد، عن أبيه، عنه: إذا اشترى سلعة، فوجد بها عيباً، وحدث عنده عيب آخر، فالمشتري بالخيار؛ إن شاء أن يرد السلعة[2]، ويعطي أرش ما حدث عنده من العيب، وإن شاء أن يأخذ أرش العيب الَّذي دلس.

---

(١) في «ت»: «بحتار».

(٢) في «ت»: «السعلة».

وقال في رواية حنبل: وذُكِرَ له قول الحكم في الغلامِ يبتاعه، وبه داء لم يتبيَّنه، ثمَّ يُحدِثُ، فتُقطع يده: يرده أقْطَعاً، ويأخذ دراهمه، فقال أحمد: أذهب إلى قول الحكم.

وهو اختيار الخرقي، وبه قال مالك.

وفيه رواية أخرى: له الأرش، وليس له الرد.

أومأ إليه في رواية الأثرم ومحمَّد بن الحسن بن هارون في الرَّجلِ يشتري الثوب فيقطعه، أو يصنعه، ثم يجد به عواراً: فله ما بين العيب والصحة.

وقد خرَّجها أبو بكر على روايتين كالوطء، واختار أنَّ له الأرش.

وهو قول أبي حنيفة والشَّافعي.

وجه الرواية الأولى: ما رُوِيَ عن النَّبيِّ ﷺ قال في المصراةِ: «إنْ رَضِيَهَا أمْسَكَهَا، وإنْ سَخِطَهَا رَدَّها وَصَاعاً مِنْ تَمرٍ»[1].

ولم يفرِّق بين أن يحدث عنده، أو لا يحدث.

وروى الخلال في «العلل» بإسناده عن ابنِ سيرين، عن عثمان في رجل اشترى ثوباً، فلبسه، ثمَّ رأى به عيباً: يرده وما نقصه[2].

وأيضاً فإن أصاب عيباً لم يقفْ على محله، فملك الرد.

دليله: إذا لم يتلفْ جزء منه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر «طبقات الحنابلة» لابن أبي يعلى (٢/ ٩٣).

ولا يلزم عليه إذا تلف المبيع، أو باعه، أو أبرأه المشتري منه بعد العلم به؛ لأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

ولأنَّه خيار لا تمنع منه الخدمة، فلا يمنع منه إتلاف جزء.

دليله: خيار الشَّرط وخيار الهبة.

فإن قيل: الخدمة لا توجب إتلاف جزء من المبيعِ، وهذا يوجب إتلاف جزء منه.

قيل: حلب لبن المصراة، وقطع ما مأكوله في جوفه، وقطع يد العبد في يد المشتري بجناية سابقة في يد البائع، يوجب إتلاف جزء منه، ومع هذا لا يمنع الرد، وكذلك الإجارة إذا ذهبت بعض المدة، وظهر على عيب.

فإن قيل: خيار الشَّرط والهبة يُرجِعُ المبيع إليه والهبة باختياره، فلهذا لم يمنعْ منه إتلاف جزء، وهاهنا يرجع إليه بغير اختياره.

قيل: المصراة، وما مأكوله في جوفه، والعبد الجاني يرجع إليه بغير اختياره، ومع هذا لا يمنع ذلك الرد.

وأيضاً فإن إتلاف جزء من المبيعِ لا يمنع الرد.

دليله: حلب لبن المصراة، وقطع ما مأكوله في جوفه، لا يمنع الرد عند الشَّافعي.

وقطع يد العبد الجاني في يد المشتري لا يمنع الردَّ عند أبي حنيفة.

وكذلك حدوث النماء في يد المشتري، ثمَّ ظهر على عيب،

لا يمنعـه ذلك من الردِّ عنـد أبي حنيفـة، وإن كان ذلك النماء موجب بالعقدِ.

فإن قيل: المعنى في حلب لبن المصراة، وقطع ما مأكولـه في جوفه: أنَّه ممَّا يُختبَرُ به المبيع، فلهذا لـم يمنع الرد.

قيل: لو كان لهذه العلَّة لتقدَّر بمدَّة؛ كخيار الشَّرط؛ لمَّا كان لاختبار المبيع تقدَّر عندهم بالثلاثِ، فلمَّا لـم يتقدرْ لـم يكنْ لهذه العلَّة.

وعلى أنَّ هذا يبطل بتلف بعض المنفعة المعقود عليها؛ فإنَّ ذلك لا يمنع الرد، وإن لـم يكنْ للاختبار.

فإن قيل: النقصان الحادث بقطع يد العبدِ كان بسبب في يد البائع.

قيل لـه: وطء الزوج لها إذا كانت بكراً مستحقٌّ بسببٍ سابق في يد البائع، وعندهم يمنع الرد.

ولأنَّ أكثر ما في ذلك أنَّـه يرد بعض المبيع، وهذا لا يمنع الرد بدليل: أنَّه لو اشترى عبدين، فوجد بأحدهما عيباً، كان له ردُّ المعيب، وإمساك الصَّحيح في أصحِّ الرِّوايتين لنا، وأصح القولين لهم.

وكذلك لو مات أحد العبدين، ووجد بالآخر عيباً، كذلك هاهنا.

وطريقة أخرى مليحة، وهو: أن كلَّ عقد جاز فسخه بالعيبِ ـ إذا كان المعقود عليه سليماً ـ جاز فسخه بالعيبِ، وإن تلف بعضه، كالإجارةِ؛ إذا ظهر على عيب في الدارِ المستأجرة، وقـد مضى أيَّام من المـدةِ، ملك الفسخ، وإن كان قد تلف بعض المعقود عليه، كذلك هاهنا.

ولأنَّ ما أوجب الرجوع بالثمنِ إذا لم يحدثْ عيبٌ عند المشتري، أو إذا لم يتلفْ جزء، أوجبه، وإن حدث وتلف.

أصله: استحقاق المبيع.

ولأنَّ إتلاف بعض المبيع لا يمنع من الفسخِ بالعيبِ، وهو: إذا ابتاع عبداً بجارية، وتقابضا، وماتت الجارية، ثمَّ ظهر على عيب في العبدِ، كان له الفسخ في العبد، ويكون فسخاً في الجارية التالفة والعبد، كذا[1] هذا.

وطريقة أخرى، وهو: أنَّ البائعَ أولى بالحملِ عليه من المشتري؛ لأنَّه لا يخلو:

إمَّا إن يكون علم بالعيبِ، فقد دلَّس، ودخل على أنَّ المبيع مردود عليه.

أو يكون لم يعلمْ بذلك تفريطاً[2] منه وتقصيراً[3].

فلم يلزم المشتري منه شيء، وكان البائع أولى بالحملِ عليه.

ولا يجوز أن يُقالَ: إنَّ المشتري فرَّط بترك التأمُّل؛ لأنَّه لو كان مفرِّطاً لسقط حقه من الردِّ.

واحتجَّ المخالف بأنَّه لو حدث النقص بالمبيعِ قبل القبض لم يُجبرِ

---

(١) في «ت»: «كذلك».

(٢) في «ت»: «تفريط».

(٣) في «ت»: «تقصير».

المشتري على أخذ السلعة معه؛ لأنَّ النقصَ حصل بالمبيعِ في حالةٍ هو مضمـون فيها على البـائـعِ، كذلك إذا حـدث بالمبيـعِ النقـصُ في يـد المشتري وجـب أن لا يُجبرَ البائـع على أخذ المبيـع مع ذلك النقص؛ لأنَّه حدث بالمبيعِ، وهو مضمون على المشتري.

والجواب: أنَّ البائعَ لو حلب اللبن، وقطع ما مأكوله في جوفه، لم يُجبر المشتري على قبولـه على[1] قول المخالف، ولو حدث في يد المشتري أُجبِرَ البائع على قبوله.

وكذلك لو قُطِعت يد العبـد في يد البائـع لم يُجبرِ المبتاع على قبوله، ولو قطعت في يد المبتاع بجناية سابقة أُجبِرَ البائع على قبوله.

ولأنَّا قد بيَّنا: أنَّ البائعَ أولى بالحملِ عليه من المبتاعِ، فلهذا كان حدوثه في يد البائع يمنع قبوله، وحدوثه في يد المبتاع لا يمنع الردَّ.

واحتجَّ بأنَّ الردَّ بالعيبِ إنما وُضِـعَ لإزالـة الضرر، وفي رده على البائعِ بعيبٍ إلحاقُ ضرر به، والضررُ لا يزال بالضرر.

والجواب: أنا قد بيَّنا: أنَّ البائعَ أولى بالحملِ عليه من المبتاعِ.

ولأنَّ هذا المعنى يبطل بحلبِ لبن المصراة، وقطع ما مأكوله في جوفه، وقطع يد العبد، وتلف بعض المنفعة المستأجرة؛ فإنَّ في ذلك ضرراً على البائع والمؤجِّر، ومع هذا لم يمنعْ ذلك من الردِّ.

فإن قيل: إلحاقه بالمشتري أولى؛ لأنَّ فيه سلامة للعقد، وحفظاً

---

(١) في «م»: «وعلى».

له، وإذا ألحقناه بالبائعِ كان فيه فسخ للعقد، وإبطال له، وما عاد بسلامة العقد وحفظه فهو أولى.

ولهذا نقول: إذا ضُربت المدةُ للعنِّين، فقال: قد أصبتها، وأنكرت، فإنَّ القولَ قولُ الزوج حفظاً للعقد، وسلامة له، كذلك هاهنا.

قيل: فيجب أن يسقط حق الرد جملةً؛ لأنَّ فيـه سلامة العقد، ويرجع بالأرشِ.

ويجب ـ أيضاً ـ أن يسقط حقه من الردِّ في المُصرَّاة، وما مأكولـه في جوفـه، وفي الإجـارةِ؛ للمعنى الَّذي ذكرت، ولمَّا لم يُقلْ هناك، كذلك هاهنا.

ولا يشبه هذا ما ذكروه من اختلافهما في الإصابةِ: أنَّ القول قول الزوج؛ لأنَّ المرأةَ تدَّعي معنى ترفع به العقد، فلم تُقبَل دعواها[1].

فإن قيل: ففي إثبات الردِّ بعـد[2] التصرف إثبات ضـرر على البائـعِ من وجه آخـر، وذلك أنَّكم تقولون: إذا كـان البائـع قـد دلَّس العيب، فتصرف المشتري، ملك الردَّ، ولا يغرم الأرش.

قيل: للغرور والتدليس تأثير في إسقاط الضمان بدليل: المغرور في النكاحِ، يرجع بالمهرِ على من غرَّه، ويرجع بقيمة الأولاد، فالرجوع

(١) إلى هنا تنتهي النسخة الخطية المرموز لها بـ «ت»، وما يأتي بعد ذلك من النسخة المرموز لها بـ «م».

(٢) في «م»: «الوديعة».

بقيمة الأولاد قولاً واحداً، والمهر على قولين، كذلك هاهنـا، وإثبات الرجوع يفضي إلى أن تنفكَّ جنايته عن أرش.

ولأنَّه تدليس بعيب، فأثَّر في إسقاط ما كان يجب من غير تدليس.

دليله: إذا غرَّت المرأة من نفسها بالعيوبِ، ثمَّ فسخ الزوج النكاح قبل الدُّخول؛ فإنه يسقط نصف المهر الَّذي كان يستحق بالطلاق.

فإن قيل: إنَّما سقط؛ لأنَّه لم يُتلفْ عليها شيئاً من المنافعِ.

قيل: هذا يبطل بالطلاقِ قبل الدُّخول؛ فإنَّه لم يُتلفْ عليها شيئاً، ومع هذا يرجعْ بنصف الصداق، فما كان يمنع أن يرجع هاهنا.

ولمَّا قلتَ: يسقط؛ لأنَّ سبب الفسخ جاء من جهتها، كذلك هاهنا، جاز أن يسقط؛ لأنَّ سبب الإسقاط جاء من جهته، وهو التدليس.

فإن قيل: التدليس لا يسقط الرجـوع بالعوضِ بدليل لبن المصرَّاة يضمنه بالصاعِ، وإن كان ذلك عن تدليس.

قيل: فرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن هناك حصل له عوض، وهو اللبن، وهاهنـا ما حصل له عوض، وفرق بينهما.

[. . . .][1] أنَّهم قالوا: يرجع بقيمـة الأولاد قـولاً واحـداً، وفي المهرِ على قولين؛ لأنَّه قد حصل عوض، وهو الوطء.

---

(١) بياض في «م».

وجواب آخر، وهو: أنَّ الضمانَ هناك [ثبت][1] بالشرعِ على وجه يخالف الأصول، وهو التقدير بالصاعِ، فلا يقاس عليه، كما لا يقاس جنين الأمة على جنين الحرَّة إذا سقط ميتاً، بل وجب الضمان هناك ما نقصت الأم، ولم يجب ضمان الجنين.

وكذلك لو اطَّلع إلى دار غيره، فقلعت عينه، لم تُضمَنْ، ولو دخل الدار بجملته ضُمِنَت عينه.

* * *

## ٣٢٨ - مَسْأَلَةٌ

**إذا اشترى شيئاً مأكولاً في جوفه، كالجوزِ واللوز والبيض والرمَّان والبطيخ، فكسره، فوجده فاسداً، فنقل ابن منصور: له الردُّ، وأخذ الثمن:**

ونقل بكر بن محمَّد: ليس له الردُّ، ولا المطالبة بالأرشِ.

وهو قول مالك.

وقال أبو حنيفة: ليس له الردُّ، وله الأرش.

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قول أبي حنيفة.

والثَّاني: له الرد.

(١) ما بين معكوفتين غير واضح في «م».

فالدَّلالة على أنَّ له الردَّ: ما تقدَّم من المسألةِ الَّتي قبلها.

ومن منع من الردِّ فوجهه ما تقدَّم.

ومن أسقط حقه من الردِّ والأرش فوجهه أنْ لم يكنْ من البائعِ تفريط؛ لأنَّه ما كان يمكنه اختبار[1] المبيع إلا بفساده، وهذا فاسد؛ لأنَّه يلزم عليه العيوب الباطنة من الحيوانِ، لا يمكنه اختبار المبيع إلا بفساده، ومع هذا يملك الرد، أو الأرش.

ولأنَّه مبيع ظهر به عيب قبل العقد، فملك الردَّ، كسائر المبيع.

* * *

## ٣٢٩ ـ مَسْأَلَةٌ

### إذا اطَّلعَ المشتري على العيبِ، فطالب بأخذ الأرش مع إمكان الردِّ، جاز:

نصَّ عليه في رواية المَرُّوذِيِّ وأبي الحارث وأبي طالب وابن القاسم وبكر بن محمَّد.

وقال أبو حنيفة ومالك والشَّافعي: ليس له ذلك.

دليلنا: أنَّه أصاب بالمبيعِ عيباً كان في يد البائع، لم يقفْ على محله، فجاز أن يثبت له الأرش.

دليله: إذا حدث به عيب عند المبتاع.

---

(١) في «م»: «اختباره».

ولا يلزم عليه إذا تلف المبيع في يد المشتري، أو باعه، أو أبرأه من العيبِ؛ لأنَّه[1] ثبت له الأرش هناك وسقط.

فإن قيل: المعنى في الأصلِ: أنَّه تعذَّر رد العين، فلهذا ملك المطالبة بالأرشِ، وهاهنا لم يتعذَّرْ.

قيل: لا نسلِّم هذا في الأصل؛ لأنَّ له الرد، وقد حكينا ذلك فيما تقدَّم.

ولأنَّه لما كان [له] الفسخُ في الكلِّ، وأخذ جميع الثمن، كان له ذلك في النقصِ، كما لو ابتاع عبدين، فوجد بأحدهما عيباً، كان بالخيارِ بين الفسخ في الجميعِ وأخذ الثمن، وبين الفسخ بالمعيبِ وإمساك الصَّحيح على الصَّحيحِ من الرِّوايتين لنا، وأحد القولين للشافعي، وعند أبي حنيفة أيضاً، كذلك هاهنا.

ولأنَّ خيار الردِّ بالعيبِ يؤول إلى مال، [. . . .][2] الرد، كما أن خيار القصاص [. . . .][3] أن وليَّ المجني عليه بالخيارِ بين القصاص، أو أخذ الدية، كذلك في العيبِ.

ولأنَّ العيبَ فوات جزء استحقَّ تسليمه بعقد البيع، فملك المطالبة بقيمته.

---

(١) في «م»: «ولأنَّه».

(٢) غير واضح في «م».

(٣) غير واضح في «م».

دليله: لـو بان أن بعضه مستحقـاً؛ فإن للمبتـاع إمسـاك الباقي، والمطالبة بقيمة المستحق، كذلك هاهنا.

واحتجَّ المخالف بأنَّ البائعَ دخل على أن يُخرِجَ هذه العين وحدها بالثمنِ، فلا يلزمه أكثر منها.

والجواب: أنَّـه دخل على أن يُخرِجَ هذه سليمة بالثمنِ، فلم تخرج سليمة، فلهذا لم يستحقَّ كمال الثمن.

واحتجَّ بأنَّه لو ابتاع عبداً على أنَّـه كاتب، أو خبَّاز، فبان بخلافِ ذلك؛ أنه لا يملك المطالبة بالأرشِ، بل يكون مخيراً بين الفسخ وأخذ الثمن، وبين الإمساك بالثمنِ، فكذلك في العيب.

والجواب: أنا نقول له: من أين قلتَ هـذا؟ وما أنكرت على من قال: إن له المطالبة بالأرشِ، كالعيب؟!

فإن قيل: فما تقولون في من اشترى ثوبـاً على أنَّـه عشرة أذرع، فبان تسعة؟

قيل لـه: نقول فيه مثل ما قلنا في العيبِ: هو بالخيارِ بين فسخ العقد وأخذ الثمن، وبين إمساكه والمطالبة بقيمة الذراع.

نصَّ عليه أحمد في موضعين:

أحدهما: ما نقله أبو حفص العُكبريُّ في رواية الحسن بن محمَّد ابن الحسن: وقد سُئِلَ عن رجل اشترى ثوباً على أنَّه اثنا عشر ذراعاً، فإذا هـو أحـد عشر ذراعاً: فهو بالخيارِ؛ إن شاء رده، وإن شاء أخذه،

وله ثمن ذراع.

وروى ابن مُشيشٍ عنه في رجل اشترى ألفَ بطنِ قصبٍ، فَعَدَّهُ، فإذا هو تسعمئة: يأخذ من الثمنِ بقدر القصب، وكذلك من الطَّعام.

ونقل ابن منصور عنه: وذُكِرَ له قول سفيان: إذا اشترى مئة ثوب، فوجدها تسعين، فالمشتري بالخيارِ، ولو زادت على مئة، فالبيع مردود. قال أحمد: كما قال.

فقد جعل له الخيار في النقصانِ، وأمَّا في الزِّيادةِ فقد نقل عنه: أنَّ البيعَ مردود.

ونقل عنه في موضع آخر: الزِّيادة للبائع، وهذا يمنع البطلان.

ففي الجملةِ قد نصَّ على [أنَّ نقصان][1] المبيع في القدرِ يجري مجرى نقصانه بالعيبِ، وأنَّ المشتري [مُخيَّرٌ بين الفسخ][2] وبين الإمضاء والمطالبة بقيمة الجزء الناقص، كالعيبِ سواء.

[....][3] تزوج امرأة على ألف ذراع، فإذا هي سبعمئة: هي...[4].

بمنزلة قوله: أكلت رغيفاً ورغيفاً.

(١) غير واضح في «م».

(٢) غير واضح في «م».

(٣) غير واضح في «م».

(٤) كأنَّ ثمَّة سقطاً في هذا الموضع.

وقياس آخر، وهو: أنَّه بيع في أحد طرفيه عاقدان، فجاز تبعيضه في الردِّ بالعيب.

ونقول: فلم نعتبر[1] أحدهما في الردِّ بحكم الآخر.

دليله: لو باع رجلان من رجل عبداً، فيكون البائع اثنين، والمشتري واحداً؛ فإنَّه يجوز له رده على أحدهما دون الآخر.

فإن قيل: إذا كان البائع اثنين، فردَّ على أحدهما لم يلحق به ضرر؛ لأنَّه يرد عليه جميع ما ملكه منه، وإذا كان البائع واحداً، والمشتري اثنين، فأراد أحدهما الردَّ، بعَّض عليه الصفقة، والملك زال عنه مجتمعاً، وفي تبعيضه ضرر، فلم يكن له ذلك.

قيل له: البائع هو المبعِّض الملك على نفسه؛ لأنَّه لما أزال الملك إلى رجلين، علم أنَّ النِّصف يزول إلى كلٍّ واحد منهما، فرضي بتفريق الملك، وإدخال الضرر على نفسه، فإذا ردَّ[2] أحدُ المشتريين ما حصل له لم يكنْ ذلك تبعيضاً منه، بل البائع هو المبعض.

وعلى أنَّ هذا يبطل إذا ابتاع شيئين من رجل، فوجد بأحدهما عيباً، كان له رد المعيب، وإمساك الصَّحيح، وفي هذا تبعيض الصفقة.

ونبني المسألة على أصل، وهو: أنَّ بيع الواحد من اثنين في حكم العقدين المنفردين.

---

(١) في «م» زيادة: «لكم».

(٢) في «م»: «ردَّه».

ويدلُّ عليه ما[1] تقدَّم، وهو: أنَّه بيع اجتمع في أحد طرفيه عاقدان، وكان واقعاً على صفقتين، كما لو كان البائع والمشتري اثنين.

ولأنَّ حكم كلٍّ واحد منهما حكم المنفرد بدليل: أنَّه ينتقل إليه ملك نصفه، ويلزمه ثمن نصفه، ويدخل نصفه في ضمانه، فلو خرج العبد مستحقاً رجع بنصف الثمن، ولو كان المبيع شِقصاً كان للشفيع أن يأخذ من أحدهما، فلمَّا كان في حكم الملك والثمن والضمان والاستحقاق والشُّفعة كالمنفردِ، وجب أن يكون في الردِّ بالعيب مثله.

فإن قيل: إنَّما جاز أن يأخذ الشُّفعة من أحدهما؛ لأنَّه ليس فيه تفريق الصفقة على أحد.

قيل: قد أجبنا عن هذا السؤال فيما تقدَّم.

فإن قيل: لو كان في حكم الصَّفقتين لوجب إذا كان المبيع عبداً، فقبل أحدهما نصفه بنصف الثمن، وردَّ الآخر، أن يصحَّ.

قيل له: يصح؛ لأنَّه قبل جميع ما أوجب له.

فإن قيل: فلو باع عبدين من رجلين بألف، فقبل أحدهما أحد العبدين بنصف الثمن، لم يجزْ، كذلك إذا كان العبد واحداً، وجب أن لا يجوز قبول أحدهما بنصف العبد.

قيل: إنَّما لم يصحَّ أن يقبل أحد العبدين؛ لأنَّ البائعَ لم يوجبْ له أحدهما، وإنَّما أوجب له النِّصف من كلٍّ واحد منهما، ونصف الثمن

---

(١) في «م»: «بما».

لا يقابل أحدهما؛ لأنَّه ينقسم على قدر قيمتها، فإذا قبل أحدهما بنصف الثمن لم يكن القبول موافقاً للإيجاب، فلم يصحَّ.

وليس كذلك إذا باع عبداً من رجلين، فقبل أحدهما نصفه بنصف الثمن؛ فإنَّه يصح؛ لأنَّ قبوله موافقٌ لما يقتضيه الإيجاب.

فإن قيل: لو كان في حكم العقد، لوجب إذا باع عبـداً من رجلين، فأحضر أحدهما ثمن نصيبه، وطالب بتسليم العبـد إليه، أن يُجبَرَ على تسليمه.

قيل: يُجبَر على تسليمه إليه، وهذه مسألة يأتي الكلام عليها.

واحتجَّ المخالف بأنَّ العبدَ خرج من ملك البائع صفقة واحدة غير معيب بالشركةِ، فلا يجوز ردُّ بعضه إلى ملكه معيباً بالشركةِ إلا برضاه، كما لو كان المشتري واحداً، ووجد به عيباً، لم يجزْ له أن يرد بعضه لهذه العلَّة، والشركةُ عيبٌ عند التجار ينقص الثمن لأجلها، فإذا كان مشتركاً فقيمته أنقص عند التجار منه إذا كان لواحد.

والجواب: أنَّ البائعَ هو الَّذي بعَّض الملك على نفسه حيث باعه من نفسين؛ لأنَّه يعلم أنَّ الَّذي يزول إليهما مبعَّضٌ[1]، إلا أنَّ هناك يزول مبعَّضاً[2] في وقتين، وهاهنا في وقت واحد.

ثمَّ نقول: إذا كان المشتري واحداً ملك الشيء بجهة واحدة، فلم

---

(١) في «م»: «مبعضاً».

(٢) في «م»: «متبعضاً».

يكن له ردُّ البعض؛ لأنَّ عقد البيع في الأصلِ لم يضمن التفريق، فأمَّا المشتريان فالملكُ يُفرَّقُ عليهما بأصل العقد.

* * *

## ٣٣٠ ـ مَسْأَلَة

**إذا اشترى عبدين، أو ثوبين، فوجد بأحدهما عيباً، كان له ردُّه دون الصَّحيح في إحدى الرِّوايتين:**

نصَّ عليها في رواية الجماعة؛ صالح وأبي الحارث وابن منصور وأبي طالب وحرب:

فنقل صالح وأبو الحارث عنه في الرَّجلِ يشتري العبدين صفقة واحدة بثمن واحد، فيجد بأحدهما عيباً: يرده بحصَّته من الثمنِ، فإن وجد أحدهما حراً يرجع بقيمته من الثمنِ.

وكذلك نقل ابن منصور في من ابتاع رقيقين[1] جملة، فإذا في أحدهما عيب: يرد المعيب بالقيمةِ.

وكذلك نقل أبو طالب في من اشترى وسادتين، فكان في إحداهما [عيب]: فإن شاء المشتري ردَّ الَّتي بها العيب بقيمتها، وإن شاء أخذ قيمة العيب، وليس له أن يردَّ شيئاً صحيحاً.

وكذلك نقل حرب عنه في رجل اشترى المُشاعَ، فوجد ببعضه

---

(١) في «م»: «رقيقان».

عيباً: فليس له أن ينقضَ البيع إلا فيما فيه العيب.

وفيه رواية أخرى: ليس له رد أحد الثوبين والعبدين؛ فإمَّا أن يردَّهما، أو يمسكهما ويأخذ الأرش.

نصَّ عليه في رواية ابن القاسم: إذا [....][1] ثوبين [....][2] أحدهما دون الآخر، قال: ولا يشبه هذا إذا [....][3].

ونقل أبو طالب في موضع آخر في رجل اشترى ثوبين، فظهر بأحدهما عيب: فإن كان يعرف سعر كلِّ واحد ردَّه، وحبس الصَّحيح، وإن لم يعرفْ، واشتراهما صفقة واحدة، لم يردَّ، وأخذ أرش العيب.

وهو اختيار أبي بكر.

فأمَّا إن كان المبيع ينقص بالتفريقِ، كزوج خفٍّ، ومصراعي باب، فوجد بأحدهما عيباً، فليس له إلا ردهما، أو إمساكهما.

نصَّ عليه في رواية ابن منصور وحنبل:

فقال في رواية ابن منصور: وذُكِرَ له قول سفيان: إذا اشترى زوج نعال، أو مِصراعين، فقبضهما، ثمَّ ادَّعى بأحدهما عيباً، أخذهما جميعاً، أو ردَّهما جميعاً، قال أحمد: ما أحسنه!

وكذلك نقل حنبل: إذا اشترى خُفَّين، فوجد بأحدهما عيباً: يردهما

---

(١) غير واضح في «م».

(٢) غير واضح في «م».

(٣) غير واضح في «م».

جميعاً، أو يحبسهما جميعاً.

وللشافعي قولان، كالرِّوايتينِ.

وقال أبو حنيفة في العبدينِ إذا قبضهما، ثمَّ وجد بأحدهما عيباً: كان له ردُّه دون الصَّحيح، وإنْ كان[1] قبل القبض: كان لـه ردُّهما، أو إمساكهما.

وإن اشترى مكيلاً، أو موزوناً، فوجد ببعضه عيباً بعد[2] القبض؛

فإن كان في وعاء واحد، فليس له ردُّ بعضه.

وإن كان في أوعية، فوجد بأحدهما، فهو كالثيابِ.

وجه الأولى: أنَّه يملك ردَّ المعيب في الجملةِ قبل القبض، وبعده في المكيلِ والموزون، وفي غيرهما إن ثبت[3] الرد، وإن ثبت[4] الخيار خاصاً بأحدهما، فله ردُّه دون الآخر.

دليله: إذا اشترى عبدين، وشرط الخيار في أحدهما، وثبت العقد في الآخرِ.

ولا تلزم عليه الخفاف؛ لأنَّ العيبَ بأحدهما عيبٌ بهما؛ لأنَّـه يحصل معيباً بالتفريق.

---

(١) في «م»: «عال».

(٢) في «م»: «بعض».

(٣) في «م»: «شئت».

(٤) في «م»: «شئت».

فإن قيل: ذكر ابن القاضي في «التلخيصِ»: أنَّ فيها قولين:

أحدهما: أنَّ البيعَ يفسد بهـذا الشَّرط بناءً على تفريق الصفقة، وأنَّها لا تُفرَّق، وأنَّها متى فسدت الصفقة في أحدهما فسدت في الآخرِ.

قيل: قد ردَّ عليه بعض أصحابكم، وقال: هذا غير صحيح، وقال: يجب أن يكون البيع صحيحاً فيهما، ويرد أحدهما، ويمضي الصفقة.

واحتجَّ في ذلك بأنَّ تبعيضها بعد صحَّتها يجوز برضا البائع، وإذا شرط الخيار في أحدهما فقـد رضي بالتبعيضِ، وليس كذلك في الردِّ بالعيب؛ فإنَّه لم يُوجَد فيه ما دلَّ على الرِّضا بتبعيض الصفقة، فلم يجز تبعيضها عليه.

فإن قيل: فرَّق أصحابكم بين تلك المسألة، وبين مسألتنا.

قيل له: تدليسه بالعيبِ في أحدهما تبعيض الصفقـة عليـه؛ لأنَّـه على هذا دخل.

وأيضاً فإنَّ العيبَ خاصٌّ بأحدهما، فله أن يفـرد المعيـب بالردِّ، كما لو كان البائع [. . . .][1].

ولا تلزم عليه الخفاف؛ لأنَّ العيب بأحدهما عيب بهما.

فإن قيل: المعنى هناك: أنَّـه لا يؤدِّي إلى تفريق الصفقة؛ لأنَّ هناك عقدان، وليس كذلك هاهنا؛ لأنَّه يؤدِّي إلى تفريق الصفقة؛ لأن الصفقة واحدة.

---

(١) غير واضح في «م».

قيل له: تدليسه بالعيبِ تبعيض لها.

وعلى أنَّ هذا يبطل إذا باع عبدين على أنَّ الخيارَ في أحدهما، فالصفقة واحدة، وتتبعَّض.

وإن شئت قلت: ردُّ أحد العبدين بالعيبِ لا يؤدِّي إلى إلزام نقص، فصار كالردِّ على أحد البائعين.

ويُخَصُّ أبو حنيفة قبل القبض بأنَّ العيبَ خاصٌّ بأحدهما، فله أن يفرده بالردِّ.

دليله: بعد القبض.

فإن قيل: قبل القبض لم يتمَّ العقد، فإذا ردَّ المبيع في أحدهما، وقبل في الآخرِ، فقد بَعَّضَ الصفقة في الإتمامِ، وهذا لا يجوز بغير رضاه، كما لا يجوز أن يقبل البيع في أحدهما.

وبعد القبض تمَّت الصفقة، وإنَّما تُفرَّق في الفسخِ، ويجوز في الفسخِ ما لا يجوز في الإتمامِ بدليل: أنَّه يجوز فسخ العقد في عبد حيٍّ وعبد ميت، ولا يجوز إتمام العقد فيهما.

قيل له: علَّة الفرع تبطل بالخفافِ، قد تمَّت الصفقة، ولا يجوز تفريقها.

وعلى أنَّها قبل القبض في حكم التامَّة بدليل أنَّه يلزم المشتري نفقتها، وزكاة فطرتها، وكسبها، فلا فرق بينهما.

على أنَّه إنَّما لم يقبل البيع في أحدهما؛ لأنَّ الإيجابَ حصل في

كلِّ واحد منهما مشاعاً، لا لأنَّه تبعيض في الإتمامِ، وإنَّما لم يتمَّ العقد في الميت؛ لأنَّه قد بطل العقد بموته قبل قبضه، فلهذا لم يصحَّ فيه، وصحَّ الفسخ فيه؛ لأنَّ العقدَ لم يبطلْ فيه بموته.

ولأنَّه تفريق المبيع لأجل العيب، فاستوى فيه قبل القبض وبعده.

دليله: الخفاف ومصراعي البابِ؛ في ذلك الموضع تستوي في منع التفريق، يجب أن تستوي في مسألتنا في جواز التفريق.

واحتجَّ المخالف بأنَّهما عيبان في صفقة واحدة، فلا يجوز تبعيض الصفقة في الردِّ.

دليله: الخفاف ومصراعي الباب.

والجواب: أنَّ هناك العيبُ في أحدهما عيبٌ بالآخرِ، فلو ردَّ المعيب ردَّه بعيب الأرش، وبالعيبِ الموجود، والردُّ بعيب لم يكنْ في يد البائع لا يجوز [عندهم.

فإن قيل][1]: فعندكم يجوز هذا، وهو إذا حدث بالمبيعِ عيبٌ، وظهر على عيبٍ؛ فإنَّ [ذلك][2] لا يمنعه من الرد.

قيل له: يحتمل أن نقول هاهنا ما نقول هناك، ويحتمل [قول][3]

---

(١) غير واضح في «م».

(٢) غير واضح في «م».

(٣) غير واضح في «م».

أحمد: (لا يفسخ)؛ معناه: لا يفسخ من غير أن يدفع إلى البائعِ أرشَ النقص.

ويحتمل أن لا يملك الفسخ؛ لأنَّ على المشتري ضررٌ في ذلك؛ لأنَّه ينقص المبيع في يده، وعلى البائعِ ـ أيضاً ـ ضرر.

ويفارق هذا إذا حدث عند المشتري عيب، فأراد رده، ودفع الأرش؛ أنَّ له ذلك: أنَّ له في ذلك حظاً، وهو الرجوع في الثمنِ من غير ضرر عليه.

ولهذا قالوا: إذا طلب أحد الشركاء القسمة؛ فإن كان له حظٌّ أُجبِرَ الشريك، وإن لم يكنْ له حظٌّ لم يُجبَرْ الشريك على ذلك.

واحتجَّ بأنَّ عليه ضرراً في تبعيض الصفقة في العبدين؛ لأنَّه قد يكون ضمُّ العبد إلى العبدِ[1] [. . . .][2] للبيع، وأوفر للثمن، ويكون فصل أحدهما عن الآخرِ ينقص من الثمن.

والجواب: أنَّه قد يتفق العيب فيما يرغب البائع في بيعه، والحكم عندكم سواء، وأنَّه إذا رُدَّ عليه بقيمته، فقد سلم له غرضه[3] في زيادة قيمة الآخر.

[و]لأنَّ هذا يُقال: إذا أثبتنا الردَّ بغير سبب، فأمَّا إذا ثبت بسبب

---

(١) في «م»: «العين إلى العينِ».

(٢) بياض في «م»، ولعلَّ المعنى: أنَّه أمضى للبيع، والله أعلم.

(٣) في «م»: «عوضه».

يقتضي الردَّ بأحدهما، ويختصُّه، لم يمنعْ من ذلك، كما لو هلك أحدهما، ووجد بالآخرِ عيباً.

* * *

## ٣٣١ ـ مَسْأَلَة

**إذا اشترى عبداً فقتله، أو طعاماً فأكله، ثمَّ ظهرَ على عيبٍ رجعَ بأرشِهِ:**

نصَّ عليه في رواية أبي الحارث في من اشترى جارية، فأعتقها، ثمَّ ظهر على عيب، أو ماتت، ثمَّ ظهر: يرجع بأرش العيب؛ هذا حقٌّ له يأخذه بكلِّ حال. فقيل له: فإن جنى عليها المشتري، فقبَّلها، ثمَّ وجد عيباً، فإن أصحاب الرأي قالوا: لا يرجع بشيء! فقال: إن كان حقاً، فينبغي له أن يأخذه.

وبهذا قال الشَّافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع بأرشه.

دليلنا: أنَّه علم بالعيبِ بعد الإياس من رد المبيع، فجاز أن يرجع بالأرشِ.

دليله: إذا مات، أو أعتقه.

ولا يلزم عليه إذا باعه، ثمَّ علم بالعيب؛ لأنَّه يرجع بالأرشِ على ما نبيِّنه فيما بعد.

وإن شئت قلت: القتل إتلاف ملكه، فلا يمنع من الرجوعِ بالأرشِ، كالعتق.

وأجود من هذا أنَّك تقول: أصاب عيباً لم يقفْ على محله، فملك الرجوع بالأرشِ.

أصله: ما ذكرنا؛ لأنَّه لا تأثيرَ لقولنا: (علم بالعيبِ بعد الإياس)، وعندكم لو علم به قبل الإياس كان له الأرش، وإمساك المبيع.

فإن قيل: القياس يقتضي أن لا يرجع بأرش العيب بعد العتق.

قيل له: لا نسلِّم لك هذا، بل القياس يقتضي الرجوع.

فإن قيل: العتق ليس بفعل مضمون، ألا ترى أنَّه لو أعتق عبد غيره لم يضمنْ، فلهذا لم يمنعْ من الرجوع بالأرش.

قيل له: [الإعتاق فعل][1] مضمون، ألا ترى أنَّه إذا أعتق [نصيبه من عبد عتق عليه][2] الباقي، وأمَّا إذا أعتق ملك الغير، فلا يعتق، فلهذا لم يضمنْ، كما إذا ضرب عبد غيره، فلم يمت، لم يجبْ عليه الضمان.

وعلى أنَّ هذا يبطل بالبيع؛ لأنَّه لو باع عبد غيره لم يضمنْ، ومع هذا فإنَّ البيع[3] في الجملةِ يوجب الضمان.

فإن قيل: البيع يوجب التسليم، وهو فعل مضمون، فإذا باعه صار

---

(١) بياض في «م».

(٢) بياض في «م».

(٣) في «م»: «المبيعَ».

كأنَّه باعه وسلَّمه.

قيل له: التسليم غير البيع، والبيع نفسه لا يوجب الضمان في ملك الغير، ويمنع الرجوع بأرش العيب في الجملةِ على ما قالوا.

فإن قيل: إذا مات امتنع بقاء الملك فيه من طريق الحكم، فلم يبطل حق المشتري من الأرشِ، وإذا قتله المشتري، فقد منع نقل الملك فيه بفعل مضمون، فمنع الرجوع بالأرشِ، كما لو باعه.

قيل له: علَّة الفرع تبطل بالعتقِ؛ فإنَّه قد منع بقاء الملك بفعل مضمون على الوجهِ الَّذي ذكرنا، ومع هذا لا يمنع أخذ الأرش.

وكذلك إذا اشترى ثوباً وقطعه قميصاً، أو صنعه، ثمَّ وجد به عيباً، جاز له أن يرجع بالأرشِ، وإن كان ممنوعاً من رده عندهم بفعل مضمون.

واحتجَّ المخالف بأنَّه مُنِعَ نقلُ الملك فيه بفعل مضمون، فمنع الرجوع بالأرشِ، كما لو باعه، ثمَّ علم أنَّه كان معيباً.

والجواب: أنَّا قد أبطلنا هذا بالعتقِ، والصبغ وقطع الثوب.

وأمَّا البيع فالمنصوص عن أحمد: أنَّه لا يمنع الرجوع بالأرش؛ لأنَّه قال في رواية حرب في رجل اشترى شيئاً، فلم يرَ العيب، فباعه من آخر، ثمَّ عرضه الثَّاني على البيعِ: وجب على المشتري الثَّاني والأوَّل أن يرجع على البائعِ بما نقص من العيبِ.

فقد نصَّ على أنَّ للمشتري الأوَّل الرجوع على البائعِ بالأرشِ بعد

البيع، ولم يثبت للثاني الرجوع، [وهو] محمول على أنَّه علم به، فعرضه للبيع، فسقط حقه لأجل ذلك.

وقال ـ أيضاً ـ في رواية ابن منصور: إذا ابتاع عبداً، فكاتبه، فوجد به عيباً بعدما كاتبه، وحُكِيَ له قول سفيان: ليس لـه على البائعِ شيء بمنزلـة البيع، فقال أحمد: لا، لو أعتقه كان لـه أن يرجـع عليه ما بين الرد أو الصحَّة.

فقد نص ـ أيضاً ـ على أنَّ الكتابةَ لا تمنع الرجوع بالأرشِ، فعلى هذا: لا نسلِّم الأصل.

وقال الخرقي في «مختصره»: فإن [. . . .][1]، ثمَّ ظهر على عيب، كان مُخيَّراً بين أن يرد ملكه بمقداره من [. . . .][2] قدر ملكه فيها.

وظاهر هذا: أنه جعل له الرجوع [. . . .][3].

فعلى هذا: المعنى فيه: أنَّه قد سلم له بدله على الصحَّةِ والسَّلامة من العيبِ، فلا معنى للرجوع، وهذا معدوم فيه إذا قتله؛ لأنَّه لم يسلمْ له ذلك، فهو كما لو أعتقه.

والمذهب الصَّحيح: أنَّه يرجع بالأرش؛ لأنَّ البيـعَ معنى أزال الملك، فهو كالعتقِ والموت، وما ذكـره ذلك القائل من ملازمة البدل

---

(١) غير واضح في «م».

(٢) غير واضح في «م».

(٣) غير واضح في «م».

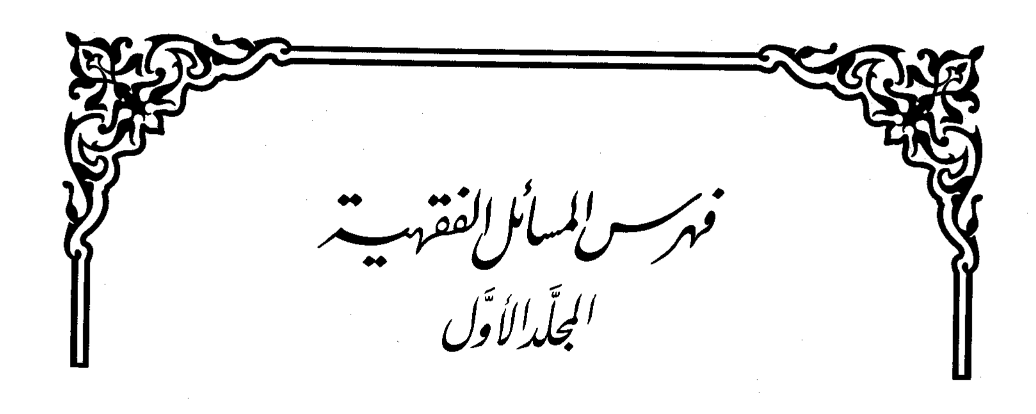
لا اعتبار بـه؛ لأنَّ المشتري لو وهب العبد لم تحصلْ له سلامة البدل، والحكم في ذلك سواء؛ إمَّا في الرجوعِ بالأرشِ، أو بمنع الرجوع[1].

❐❐❐

---

(١) هذا آخر النسخة «م»، وقد جاء في خاتمتها: «آخر التاسع والثلاثين.
وافق الفراغ من كتابته في حادي عشرين ذي الحجَّة الحرام من شهور سنة سبع وثمان مئة، والحمد لله والشكر لله بعدد الشفع والوتر، وكلمات الله التامات الطيبات المباركات، وصلَّى الله على سيدنا محمَّد النَّبيِّ الأميِّ وآله وأصحابه، وعلى جميع النَّبيِّين والمرسلين والملائكة وعباد الله الصالحين، وغفر الله لكاتبه ولمالكـه ولمصنفه ولجميـع المسلمين، آمين، إنَّـه أرحم الراحمين، والحمد لله رب العالمين.
ويتلوه في المجلدِ الخامس: (مسألـة: إذا اشترى عبدين، فمات أحدهما، ثمَّ وجد بالثَّاني عيباً). وهو أوَّل الجزء الأربعين من مسائل الخلاف».






| المسألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

## كتاب الاعتكاف

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |


## كتاب الحج

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

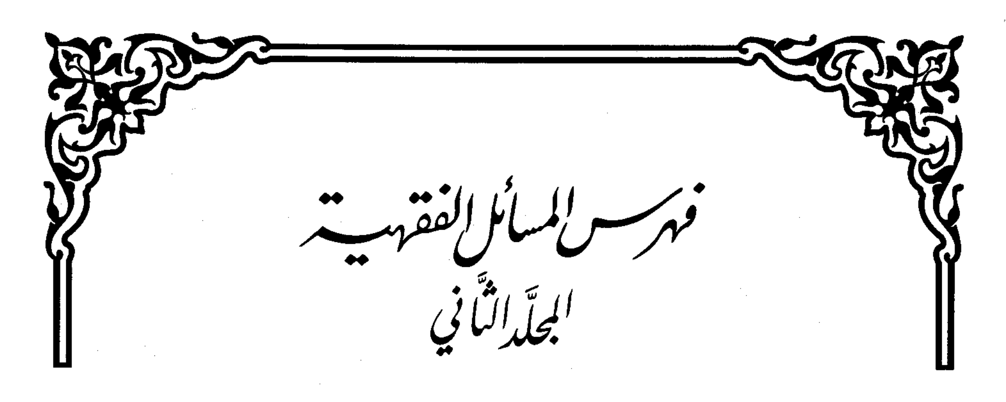
| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |







# فهرس المسائل الفقهية
## المجلد الثاني

| المسألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

تابع
## كتاب الحج

| المسألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

| المسـألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

| المسـألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

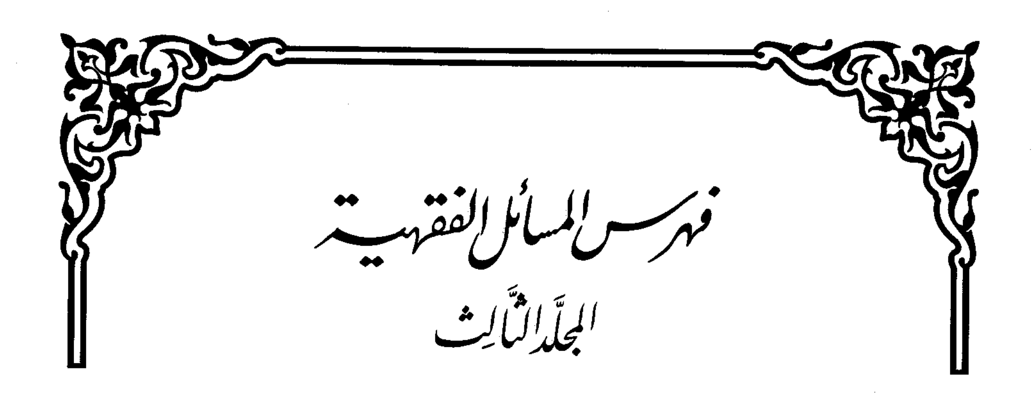
| المسـألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسـألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

❐ ❐ ❐



# فهرس المسائل الفقهية

## المجلد الثالث

| المسألة ورقمها | الصفحة |
|---|---|

## كتاب البيوع

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

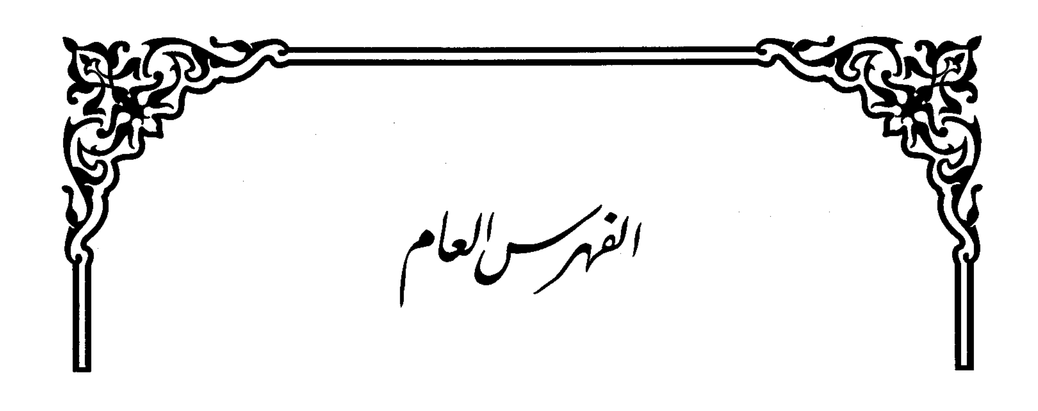
| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

| المسألة ورقمها | الصفحة |
| --- | --- |

❑ ❑ ❑



# الفهرس العام

| الموضوع | الصفحة |
| --- | --- |

## المجلد الأول



## [النص المحقق]



## المجلد الثاني



## المجلد الثالث

❐ ❐ ❐